Schadenersatzpflicht aus Verletzung im Zweikampf.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayr. Julius-Maximilians-Universität
Würzburg

zur

Erlangung der Rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Referendar **Gustav Rive**
aus Mengede.

Bonn.
Paul Rost & Co., G. m. b. H.
1913

Referent:
Geheimer Rat Professor Dr. H. v. Burckhard.

Meinem Vater.

Literaturverzeichnis nebst Abkürzungen.

v. Alten, Die zivilrechtlichen Ansprüche aus durch Zweikampf entstandenen Verletzungen. Rostocker Diss. 1911.

Birkmeyer, über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht. Gerichtssaal Bd. 37. 1885. S. 257—358.

Blüthgen, Schadensersatzansprüche aus Verletzungen in studentischen Schlägermensuren. Jenaer Diss. 1905.

Brückmann, Neue Versuche zum Problem der strafrechtlichen Verantwortung des Arztes für operative Eingriffe, Negatives und Positives. Zeitschr. für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 24. Berlin 1903. S. 657—714.

v. Buri I, über die Bestrafung des Schlägerduells, Gerichtssaal Bd. 35. 1883. S. 327—331.

v. Buri II, Zu den §§ 223a, 201 fg StGB. Gerichtssaal Bd. 34. 1882. S. 343—59.

G. Cohn, Zur Frage der Widerrechtlichkeit einer ärztlichen Operation. Gerichtssaal Bd. 73. 1909. S. 354—357.

L. Cohn, Untersuchungen zu § 254 BGB. Gruchots Beitr. Bd. 43. 1899. S. 96—133, S. 376—427.

Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Bd. I. 5. Aufl. Jena 1910.

Crome, Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft. 1892.

Demelius, über Kompensation der Culpa, Iherings Jahrb. Bd. 5. 1861. S. 52—87.

Dernburg I, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches ꝛc. II. Bd. 1. Abt. 3. Aufl. Halle 1905.

Dernburg II, Das bürgerl. Recht ꝛc. II. Bd. 2. Abt. 3. Aufl. Halle 1906.

Dernburg III, Lehrbuch des preuß. Privatrechts und der Privatsnormen des Reichs. Bd. II. 5. Aufl. 1897.

Dungs, Drei Fragen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen, Gruch. Beitrag. Bd. 54. 1910. S. 537—551.

Eck, Vorträge über das Recht des BGB. Bd. I. 1. u. 2. Aufl. 1903.

Endemann, Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten. Berlin 1883.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Bd. I. 2. Abt. 4./5. Aufl. Marburg 1910.

RGZ., Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

RGS., Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Ferneck, Die Rechtswidrigkeit. Bd. I. Jena 1903.

E. Fischer, Untersuchung zu § 254 des deutschen BGB. Leipziger Diss. 1908.

H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. München 1911.

Ganzhorn, Der Zivilersatz aus Zweikampf. Göttinger Diss. 1897.

Garrelts, über die Tötung auf Verlangen als Verbrechen im Sinne des § 1 RStGB. und über die Bestrafung des Versuches dieses Delikts. Tübinger Diss. 1896.

Goez, Das Selbstverschulden des Beschädigten und die Verteilung des Schadens nach § 254 BGB. Leipziger Diss. 1907.

Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem BGB. Berliner Diss. 1903.

Gröber, Die Schadensersatzansprüche bei Körperverletzung und Tötung im Zweikampf. Erlanger Diss. 1907.

Gruchot, Glossen zum allgemeinen Landrecht, Gruch. Beitrag. IV. 1860. S. 115—181.

Guderian, Die Beihülfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden. Berliner Diss. 1899.

Hartmann, Die Einwilligung des Verletzten, Grünhuts Zeitschr. 1859.

Hagen, Zur Anwendung des § 254 BGB. Seufferts Bl. f. R. A. 72. Jahrgang Nr. 9 v. 1. Mai 1907 S. 365—371.

Hälschner I, Der Tatbestand des Zweikampfs und das studentische Schlägerduell. Gerichtssaal Bd. 35. 1882. S. 1—28.

Hälschner II, Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung. Gerichtssaal Bd. 25. 1883. S. 161—181.

Heimberger, Strafrecht und Medizin.

Herrmann, Haftpflicht des Duellanten, Rostocker Diss. 1906.

Heyn, Das eigene Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzanfprüchen nach gemeinem Rechte und dem Rechte des BGB. Greifswalder Diss. 1907.

Hinze, Zur Haftung für fremdes Verschulden bei konkurrierendem, außervertraglichem Verschulden (§§ 254 und 278 BGB.) Jur. Woch. 37. Jahrgang Nr. 7. 1. April 1908 S. 230—232.

Jeselsohn, Zur Auslegung des § 216 RStGB. Erlanger Diss. 1896.

Jodl, Der Begriff des Zufalls. Gerichtssaal B. 64. 1904. S. 417—435.

Jung, Delikt und Schadensverursachung. Heidelberg 1897.

Keßler, Einwilligung, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. Berlin und Leipzig, 1884.

Keßler, Bemerkungen, Kritische Bemerkungen zu Bindings Lehre von der Einwilligung des Verletzten. Gerichtssaal Bd. 38. 1885. S. 561—578.

Kiehl, Die Einwilligung eines Minderjährigen nach geltendem Strafrechte. Goltdammers Arch. Bd. 54. 1907. S. 357—394.

Klee, Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden. Goltdammers Arch. Bd. 48. 1901. S. 177 bis 207, 337—349, Bd. 49. 1903. S. 246—259, Bd. 50. 1903. S. 364—385.

Kohler, Lehrbuch, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, II, Berlin 1906.

Kohler, Tatbestandsmerkmal, Tatbestandsmerkmal und Strafbarkeitsbedingung, Goltd. Arch. Bd. 49. 1903. S. 1—10.

Kronecker, Die Strafbarkeit der studentischen Schlägermensuren. Gerichtssaal Bd. 35. 1883. S. 201-236.

Krückmann I, Verschuldensabrechnung und Gefährdungsaufrechnung. Ein Beitrag zur Lehre von der zivilrechtlichen Gesetzeskonkurrenz. Iherings Jahrb. Bd. 52. 1907. S. 428—472.

Krückmann II, Der Umfang der Gefährdungsaufrechnung. J. J. 54. 1909. S. 107—138.

Krückmann III, Verschuldensaufrechnung. Gefährdungsaufrechnung und Deliktfähigkeit, J. J. Jahrg. 55. 1909. S. 1—208.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. II. Teil. Berlin 1899.

Labowsky, Eigenes Verschulden bei Schadensansprüchen nach Gemeinem Recht und BGB. Erlanger Diss. 1898.

Landsberg, Das Recht des BGB. I. Hälfte. Berlin 1904.

v. Leyden, Die sogen. Culpakompensation im BGB. Berlin 1902.

Zachariae v. Lingenthal, Handbuch des französischen Zivilrechts. Bd. II. 7. Aufl. 1886.

Linkelmann, Die Schadenersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem BGB. f. d. Deutsche Reich. Berlin 1898.

v. Liszt, Deliktsobligationen, Die Deliktsobligationen im System des BGB. Berlin 1898.

v. Liszt, Lehrbuch, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. Berlin 1911.

Matthias, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Bd. I.

Mehl, Die Bedeutung der Deliktsfähigkeit des bei der Entstehung des Schadens mitwirkenden Beschädigten. Marburger Diss. 1910.

Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse. Breslau. 1898.

Mettgenberg, Der Versuch der Tötung auf Verlangen als Körperverletzung. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft. Bd. 27. 1907. S. 564—575.

Mittweg, Die unerlaubten Handlungen nach BGB. Erlanger Diss. 1899.

Motive zum Entwurf eines deutschen BGB. Bd. II. Amtl. Ausg. 1888.

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts. II Teil. 4. Aufl. 1844.

Nathan, Das mitwirkende Verschulden der Vertreter und Gehilfen des Beschädigten (§ 254, Abs. 2, Satz 2 BGB.). Heidelberger Diss. 1909.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 3. Aufl. 1910.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch 8. Aufl. Berlin 1910.

Ortmann I, über Verletzung insbesondere Tötung eines Einwilligenden. Goltd. Arch. Bd. 25. 1877. S. 104—119.

Ortmann II, Zur Lehre von der Körperverletzung. Gerichtsf. Bd. 35. 1883. S. 371—382.

Ortmann III, Zur Lehre von der Tötung eines Einwilligenden. Goltd. Arch. Bd. 26. 1878. S. 195 bis 201.

Pfersdorff, Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschließungsgrund. Straßburger Diss. 1897.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch II. Bd. 3. Aufl. Berlin 1907.

v. Plessen, Nicht Culpakompensation, sondern Gefährdungskompensation. Heidelberger Diss. Bonn 1907.

Poensgen, Die Möglichkeit der Anwendung des § 254 BGB. beim Vorliegen der Veranlassungshaftung. Heidelberger Diss. 1909.

Priester, Compensatio culpae. Erlanger Diss. 1896.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurf des BGB. II, Recht der Schuldverhältnisse Berlin 1896.

Przibilla, Das mitwirkende Verschulden der Vertreter und Gehilfen. JurW. 38. Jahrg. Nr. 7, 1. April 1909. S. 179—183.

Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen. Bd. II. Berlin 1903.

BGB. von Reichsgerichtsräten. Das BGB. erläutert von den Reichsgerichtsräten, Bd. I.

Richter, über die im § 254, II BGB. angeordnete entsprechende Anwendung des § 278. Leipziger Diss. 1910.

Roedenbeck, Zweikampf, Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung. Halle. 1883.

Roedenbeck, Volenti, Volenti non fit iniuria, nach der Schrift Keßlers ꝛc. Gerichtssaal, Bd. 37. 1885. S. 124—152.

Roesener, Das konkurrierende Verschulden im Sinne des § 254 BGB. Leipziger Diss. 1908.

Rosenthal, Das eigene Verschulden des Beschädigten und die Verteilung des Schadens nach § 254 BGB. Marburger Diss. 1910.

G. Rümelin, Culpahaftung und Kausalhaftung. Arch. f. civ. Pr. Bd. 88. 1898. S. 285—317.

M. Rümelin, Stellung, Die Gründe der Schadenzurechnung und die Stellung des deutschen BGB. zur objektiven Schadenersatzpflicht. Freiburg u. Leipzig 1896.

M. Rümelin, Verwendung, Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht. Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 90. 1900. S. 171—344.

Ruhm, Das eigene Verschulden des Verletzten als Grund zur Ausschließung der Ersatzpflicht im gemeinen Rechte. Greifswalder Diss. 1898.

Schneider, Der Gedanke von Treu und Glauben im § 254, II BGB. Arch. f. bürg. R. Bd. 37, Heft 1, 1912. S. 160—164.

Schollmeyer, Recht d. Schuldverhältnisse. I. Hälfte. München 1900.

Schultze, Mitwirkendes Verschulden Unzurechnungsfähiger in nicht rechtsgeschäftl. Tatbeständen nach § 254 BGB, Leipziger Diss. 1907.

Seidel, Das Verschulden des ersatzberechtigten Dritten in seinem Einfluß auf die Schadenersatzpflicht. Breslauer Diss. 1907.

Seydel, Die Einwilligung des Verletzten. Rostocker Diss. 1907.

Staudinger, Kommentar zum BGB. 5./6. Aufl. 1910 II. Bd. 1. u. 2. Teil.

v. Sterneck, Privilegierte Rechtsgüterverletzungen. Gerichtssaal Bd. 69. 1906. S. 56—136.

Strahl, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadenersatzansprüchen. Greifswalder Diss. 1907.

Thilo, Die Kontroversen des französischen Zivilrechts.

Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878.

Ullmann, Zur Frage über die Bedeutung der Einwilligung im Strafrecht. Gerichtssaal, Bd. 37. 1885. S. 529—556.

Villnow, Zweikampf. Gerichtssaal Bd. 37. 1885. S. 605 bis 644.

Waechter, Fortschritte. Die neuesten Fortschritte der Zivilgesetzgebung in Württemberg ꝛc. Arch. civ. Pr. Bd. 23. 1840. S. 33 ff.

v. Waechter, Volenti. Volenti non fit iniuria. Gerichtss. Jahrg. 20. S. 1 ff. 1868.

v. Weinrich, Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tötung eines Menschen. 2. Aufl. Berlin 1902.

Wendt, Eigenes Verschulden. Iherings Jahrb. 31. 1892. S. 137—189.

Weyl, System der Verschuldensbegriffe im BGB. München 1905.

Wiebeck, Der Versuch bei der Tötung auf Verlangen und die in Ausführung dieses Versuches begangene Körperverletzung. Rostocker Diss. 1900.

Winter, Haftet der Beschädigte für schuldhaftes, zur Entstehung des Schadens mitwirkendes Verhalten seiner Angestellten? Seufferts Bl. f. R. A. 73. Jahrgang Nr. 8. 15. April 1908. S. 352—354.

Zieger, Der objektive Tatbestand der unerlaubten Handlung nach dem deutschen BGB. Jenaer Diss. 1902.

Zimmermann, Beitrag. II. Beitrag zur Lehre vom Zweikampfe. Gerichtssaal Bd. 34. 1882. S. 379 bis 392.

Zimmermann, Zur Auslegung des § 216 StGB. (Volenti non fit iniuria), Goltd. Arch. Bd. 29. 1881. S. 435—443.

Zitelmann, Ausschluß, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Arch. civ. Prax. Bd. 99. 1906. S. 1—130.

Zitelmann BGB., Das Recht des BGB. Allg. Teil. Leipzig 1900.

Trotz der zahlreichen Fälle von Verletzungen im Zweikampfe hat man bisher nichts von einer auf Grund der Verletzung erhobenen Schadenersatzforderung gehört. Das erklärt sich einfach. Abgesehen davon, daß überhaupt Wenige an die Möglichkeit einer solchen Klage denken, und von diesen die Meisten zweifelhaft über den Erfolg derselben sein werden, ist es vor allem ein natürliches Anstandsgefühl und eine soziale Erwägung, die dem entgegensteht. Die Duellanten gehören in der Regel Kreisen an, die die Erhebung eines solchen Anspruchs als im höchsten Grade anstößig erachten würden, und auch der außerhalb dieser Kreise Stehende würde es der Billigkeit und dem persönlichen Gefühl widersprechend empfinden, wenn etwa der, dem durch einen Pistolenschuß der Arm zerschmettert, durch einen Säbelhieb die Nase abgehauen ist, den Gegner wegen der Heilungskosten, wegen Erwerbsunfähigkeit, wegen erlittener Schmerzen in Anspruch nehmen wollte; das gesunde Gefühl würde ihm entgegenhalten: du brauchtest dich ja auf den Zweikampf nicht einzulassen, hast du es doch getan, so mußt du auch die Folgen tragen.

Aber immerhin ist die Erhebung eines Ersatzanspruchs denkbar. Denkbar vor allem, daß die Hinterbliebenen des im Zweikampf Getöteten nach § 844 oder der der Dienste des Verletzten Beraubte nach § 845 eine Geldrente fordere. Und darum ist die an sich interessante Frage nach der zivilrechtlichen Haftung wegen Verletzung im Zweikampf, bei deren Untersuchung manche wichtige Punkte allgemeiner Art zur Sprache kommen, nicht ohne praktische Bedeutung.

Ob der Begriff des Zweikampfs im Sprachgebrauch ein anderer ist als der vom Strafgesetzbuch im 15. Abschnitt verwendete[1]), kann hier dahingestellt bleiben. Wir wollen für die folgenden Untersuchungen denjenigen Zweikampf zu Grunde legen, der unter allen Umständen unter die Duellvorschriften des StGB. fällt, also den Zweikampf mit tötlichen Waffen[2]). Einmal ist dies ein greifbarer Begriff und seine Merkmale sind, abgesehen von dem der Tötlichkeit der Waffen, ziemlich unbestritten. Dann ergeben sich gerade bei dieser Art des Zweikampfes die für die Beantwortung unserer Frage vor allem in Betracht kommenden Punkte mit der größten Deutlichkeit und Vollständigkeit. Die Folgerung für etwaige weitere Arten des Zweikampfes ist ohne Schwierigkeit unten[3]) zu ziehen.

Als Zweikampf in unserem Sinne wird man bezeichnen können den verabredeten Kampf zweier Personen mit tötlichen Waffen nach bekannten verabredeten oder hergebrachten Regeln[4]), zu dem Zwecke, einen der Teilnehmer zu verletzen[5]).

Darunter fällt naturgemäß auch das sog. Rencontre, bei dem die Parteien sofort zum Kampfe schreiten. Die Verabredung des Kampfes erfolgt hier ohne ausdrückliche Besprechung stillschweigend durch Gegenübertreten, die

---

[1]) So z. B. Roedenbeck, Zweikampf S. 9: Der Zweikampf ist ein Kampf zwischen zwei Personen, hervorgegangen aus einer Vereinbarung derselben, miteinander zu kämpfen. Dies ist sprachlich der Inhalt des Zweikampfes.

[2]) Vgl. StGB. § 201: „Die Herausforderung zum Zweikampf mit tötlichem Waffen . . . . .“ Mit Recht wird angenommen, vgl. RGS. 4, 408, daß das StGB. auch weiterhin unter Zweikampf, z. B. § 205, immer nur den Zweikampf mit tötlichen Waffen versteht.

[3]) Vgl. S. 49.

[4]) Vgl. RGS. 4, 408.

[5]) Dies drückt das RG. durch die Bezeichnung „ernstlicher Kampf“ aus.

Kampfregeln sind entweder beiden Kontrahenten bekannt oder aus den Umständen zu entnehmen.

Zweifelhaft ist in unserer Definition nur die Deutung des Wortes tötlich, bekanntlich ein strafrechtlich sehr umstrittener Begriff[1]). Eine eingehendere Stellungnahme müssen wir uns auch hier versagen, da für uns nichts darauf ankommt, wie sich unten[2]) ergeben wird; wir wollen daher immer nur solche Fälle ins Auge fassen, bei denen die Tötlichkeit der Waffen außer Zweifel steht, also z. B. Pistolen-, Säbel- und Stoßdegenduelle.

Die Verletzung muß im Zweikampfe, also während desselben, erfolgt sein. Das bedarf keiner Begründung. Und sie muß während des Zweikampfs durch den Gegner zugefügt sein: im Zweikampf verletzt werden, heißt eben gerade, daß die Verletzung durch den Kampf der Gegner selbst entsteht.

Die seltenen Fälle, in denen eine Verletzung eines Kontrahenten während des Zweikampfes durch Dritte erfolgt, bieten juristisch keine Schwierigkeiten. Es handelt sich dann um gewöhnliche Körperverletzung, und für die Frage, ob sie sich als unerlaubte Handlung darstellt, kommen allgemeine Regeln in Frage, die mit dem Tatbestande des Duells an sich nichts zu tun haben.

Meist wird also ein Delikt vorliegen. Der Gesichtspunkt der Notwehr kommt für den regelrechten Duellangriff nicht zur Anwendung[3]), vielmehr nur dann, wenn unter Verletzung der Regeln angegriffen wird[4]). Es wäre also unter allen Umständen gemeine Körperverletzung

[1]) Vgl. u. a. Blüthgen; Roedenbeck, Zweikampf; Hälschner I; v. Buri I; Kronecker; v. Buri II.

[2]) Vgl. S. 49.

[3]) Vgl. S. 16, 17.

[4]) Vgl. Herrmann S. 27: „Es würde unter Umständen sogar gegenüber einem Übergriffe des Duellgegners der Gesichtspunkt der Notwehr . . . . . Platz greifen."

evtl. Tötung, wenn ein Dritter den mit der Pistole auf seinen Gegner zielenden Duellanten niederschösse, um den Angriff vom Gegner abzuwehren. Anderseits wäre aber eine rechtswidrige Handlung nicht gegeben, wenn ein Dritter, sei es der Sekundant oder ein anderer, den unter Übertretung der Regeln angreifenden Duellanten — man mag etwa daran denken, daß er vor dem Signal „los" auf seinen Gegner einschlägt oder zielend näher als gestattet herankommt — gewaltsam durch Hieb oder Schuß von seinem Vorhaben abhält. Und zwar genügt, daß die Übertretung erfolgt ist, insbesondere ist vorsätzliche Verletzung der Regeln nicht erforderlich; denn hier war ein rechtswidriger Angriff ohne Zweifel gegeben und daher die Handlung des Dritten, weil zu seiner Abwendung erforderlich, Notwehr.

Damit eine Verletzung als im Zweikampf empfangen gilt, ist aber weiter zu fordern, daß beide Duellanten nach den Regeln des Kampfes gehandelt haben. Sonst werden sich Schwierigkeiten für die Frage der Ersatzpflicht nicht ergeben.

Wenn der Verletzende durch die Zufügung der Verletzung oder in unmittelbarem kausalen Zusammenhang damit die Regeln übertreten hat — z. B. er hat zu früh losgeschlagen — so wird eine Ersatzpflicht nicht zweifelhaft sein können. Denn die betreffende Handlung hat dann mit dem Tatbestande des Zweikampfes nur einen zufälligen Zusammenhang[1]), sie fällt aus dessen Rahmen

[1]) Vgl. Ganzhorn S. 25: „ . . . . denn damit stellt sich der Beschädiger außerhalb des Rahmens des in bestimmten Formen sich abspielenden Zweikampfes, und man kann überhaupt nicht mehr von dem Vorliegen eines Zweikampfes sprechen, da ein wesentliches Moment desselben nicht erfüllt ist."

Gröber S. 72: „Hier handelt es sich nicht mehr um eine im Duell und nach Duellregeln beigebrachte Verletzung oder Tötung, das ist gewöhnliche, vorsätzliche Körperverletzung bezw. Mord."

heraus, sie ist zwar bei Gelegenheit des Zweikampfes erfolgt, aber nicht in Ausführung der durch ihn gebotenen Handlungen. Ebensogut könnte sie bei irgend einer anderen Gelegenheit vor sich gegangen sein. Als ein Vorgang, mit dessen Eintreten nicht gerechnet worden ist und nicht gerechnet werden konnte, ist sie durch die besonderen Abmachungen des Duells nicht gedeckt. Einwilligung in sie ist nicht gegeben[1]), und ebenso tritt das Mitverursachen und Mitverschulden des Verletzten bis zur völligen Unbeachtlichkeit zurück[2]). Mit Recht bestraft deshalb auch der § 207 StGB. diese Verletzung unter vorsätzlicher Übertretung der Regeln als gewöhnliche Körperverletzung. Sie ist daher, zum wenigsten wenn die Übertretung der Regeln auf Vorsatz beruhte, als gewöhnliche Körperverletzung anzusehen und macht deshalb den Handelnden ohne Zweifel nach den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen in vollem Umfange ersatzpflichtig[3]).

---

[1]) Waechter, Fortschritte S. 82 Anm. 106.

Kiehl, S. 364: „Folgerichtig sei die Bestimmung des § 207, da dann außerhalb der Grenze der erteilten Einwilligung gehandelt sei.

Klee, S. 380: „Der strafmindernde Einfluß der gegenseitigen Einwilligung, welche beide Teile an die Voraussetzung der Innehaltung der Zweikampfregeln knüpfen . . . . ".

Pfersdorf, S. 51—55: Die beim Zweikampf erteilte Einwilligung sei eine spezielle, sie erstrecke sich auf Körperverletzungen, wie sie auf Grund der Kampfregeln vom Gegner zu gewärtigen seien.

[2]) So mit Recht Gröber S. 72: Wenn unter Übertretung der Duellregeln der Schaden beigebracht sei, finde das bisherige schuldhafte Verhalten des Verletzten billiger Weise keine Berücksichtigung mehr.

[3]) Vgl. Ganzhorn S. 25.

Waechter, Fortschritte S. 82, Anm. 106: „Natürlich ist der Tötende dann ersatzpflichtig, wenn er die dem Duelle zu Grunde liegende Verabredung überschritt, (zu früh schoß u. dergl.) und dadurch tötete. Denn hier greift das volenti non fit iniuria nicht mehr ein."

Die Haftung folgt aber auch aus vertraglichen Grundsätzen und daher zweifellos auch dann, wenn die Übertretung nur auf Fahrlässigkeit beruhte. Auch ohne besondere Abrede geht der übereinstimmende Wille beider Teile dahin, das der Gegner die Regeln beobachten werde, das ist die Voraussetzung, unter der allein die Duellanten sich auf den Kampf einlassen.[1]) Es liegt also, wenn auch nicht eine ausdrückliche, so doch eine stillschweigende Vereinbarung hinsichtlich Wahrung der Vorschriften vor.

Warum einer solchen Vereinbarung keine rechtliche Wirksamkeit zukommen sollte, ist nicht einzusehen. Beide wollen die Gebundenheit jedes Teiles an Regeln, die die Gefahr des Kampfes herabzusetzen geeignet sind, also einen Erfolg, der nicht nur erlaubt, sondern geradezu wünschenswert ist. Der Wille der Parteien bezweckt einen Rechtserfolg und dieser Erfolg tritt ein, weil er gewollt ist; die auf die Bindung an die Kampfregeln gerichtete Vereinbarung ist also ein Rechtsgeschäft, ein Vertrag. Wenn nun dieser Vertrag durch einen der Kontrahenten schuldhaft verletzt und dadurch ein Schaden verursacht wird, so haftet der Schädiger nach allgemeinen Regeln dem Gegner wegen Vertragsverletzuug und zwar, da die Übertretung in positivem Handeln gegen das Verbot bestand,

---

Herrmann S. 27: „Daß der Duellant, welcher unter Verletzung der Duellregeln dem Gegner Schaden zufügt. unabhängig von dem Verschulden des Gegners diesem ersatzpflichtig ist, erhellt ohne weiteres, wenn man in Betracht zieht, daß das Verschulden des Gegners nicht darin bestand, sich bedingungslos, sondern lediglich unter dem Schutze der Duellregeln dem Gegner zu stellen."

Gröber S. 72: Die Haftung sei unbeschränkt, wenn unter Übertretung der Kampfregeln der Schaden beigebracht sei.

[1]) Vgl. Klee S. 380: „Der strafmindernde Einfluß der gegenseitigen Einwilligung, die beide Teile an die Innehaltung der Duellregelu knüpfen" 2c.

wegen sogen. positiver Vertragsverletzung.[1]) Der Verletzte hätte also nur die Übertretung der Regeln zu beweisen und daß durch sie die Verletzung entstanden ist; die Ersatzpflicht des Gegners wird nur durch den Nachweis mangelnden Verschuldens aufgehoben.

Empfängt dagegen der Verletzte seine Beschädigung in unmittelbarem kausalen Zusammenhange mit einer Übertretung der Regeln seinerseits, so wird eine Ersatzpflicht nicht vorliegen.

Ein solcher kausaler Zusammenhang ist nur dann vorhanden, wenn gerade durch die Übertretung die Verletzung bedingt war, also insbesondere dann nicht, wenn eine Abwehrhandlung des anderen Teiles nicht stattfindet, z. B. der eine Duellant nähert sich zielend dem anderen, der schon geschossen ist, überschreitet die Barriere, fehlt jedoch; dieser streckt den Schützen danach nieder. In solchen Fällen handelt es sich um normale Verletzung im Zweikampf, auf die die unten darzulegenden Regeln Anwendung finden.

Ein Ursachenzusammenhang zwischen Regelübertretung und Verletzung ist jedoch gegeben, wenn der Angegriffene außergewöhnliche Abwehrhandlungen vornimmt, dann liegt ein Delikt, wie oben dargetan, wegen Notwehr nicht vor und daher entfällt die Ersatzpflicht. Eine solche kommt auch dann zweifellos nicht in Frage, wenn der Verletzte bei Übertretung der Vorschriften sich die Verwundung selbst beigebracht hat, z. B. der vor dem Signal auf seinen Gegner einschlagende Kontrahent fehlt und verletzt sich an der zufällig vorgehaltenen Waffe des Gegners; denn hier hat er sich die Verletzung allein zugefügt, eine rechtlich erhebliche Verursachung durch den Gegner steht nicht

[1]) Die Haftpflicht für positive Vertragsverletzungen ist allgemein anerkannt; die h. M. (vgl. auch RGZ. 52, 18; 53, 202) nimmt an, daß sie durch die Bestimmung des § 277: „Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten" begründet sei.

in Frage, und ebensowenig kann ihm, wollte man den Kausalzusammenhang bejahen, eine Schuld an dem Vorfalle beigemessen werden, da er auch bei Anwendung der größten Sorgfalt mit einem unerlaubten Angriffe des Gegners und dadurch verursachter Verletzung nicht zu rechnen brauchte.

Zusammenfassend können wir also sagen: Verletzung im Zweikampf in unserem Sinne ist eine körperliche Beschädigung, die bei Gelegenheit der Austragung eines Zweikampfes mit tötlichen Waffen dem einen Duellanten vom anderen zugefügt wird, wobei beide unter Beobachtung der Duellregeln gehandelt haben.

Für den aus solcher Verletzung entstehenden Schaden ist eine Ersatzpflicht aus Rechtsgeschäft nicht gegeben.

Als ein solches ersatzbegründetes Rechtsgeschäft könnte gemäß § 305 BGB. nur ein Vertrag in Frage kommen, denn eine der wenigen gesetzlichen Bestimmungen, nach denen ein Schuldverhältnis auch aus einseitigen Rechtsgeschäften entstehen kann, kommt nicht zur Anwendung. Es sind jedoch nicht nur keine Anhaltspunkte für einen Vertrag vorhanden, sondern vielmehr sind die Handlungen beider Kontrahenten übereinstimmend mit Wissen des Gegners auf dessen Verletzung gerichtet, deshalb kann von einem Vertrage auf Nichtverletzung oder auf Ersatz des durch solche entstandenen Schadens ohne weiteres keine Rede sein. Allerdings ließe sich der ausdrückliche Abschluß eines Vertrages der letzteren Art im einzelnen Falle ja wohl denken. Seine Gültigkeit wäre zweifellos.

Ebensowenig könnte eine Ersatzpflicht aus sonstigen Gesetzesbestimmungen quasikontraktlicher oder quasideliktischer Art abgeleitet werden.

Der einzige Titel unseres Gesetzbuches, auf dessen Vorschriften eine Ersatzpflicht im Zweikampfe gestützt werden könnte, ist der Titel 25 über „unerlaubte Handlungen".

Hiervon kommen wiederum nur die §§ 823, I, 823, II und 826 in Frage.

Der Absatz 2 des § 823 käme dann zur Anwendung, wenn die Bestimmungen des StGB. über den Zweikampf als ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz abzusehen wären. Das ist jedoch nicht der Fall.

Als Schutzgesetze wird man nach dem Wortlaute des Gesetzes nur solche Bestimmungen bezeichnen dürfen, die nicht nur die Wirkung eines Schutzes haben, sondern auch gerade zum Zwecke dieses Schutzes bestehen. Der Schutz muß nicht nur eine Nebenwirkung, sondern der ausschließliche oder doch der unmittelbare und wesentliche Zweck sein.[1]) Das trifft auf die Duellvorschriften des Strafgesetzbuches wohl kaum zu, da hier ohne Zweifel in erster Linie Interessen der Allgemeinheit an der Verminderung der Zweikämpfe eine Rolle spielen.[2])

[1]) L. Cohn S. 391: Es komme nicht darauf an, ob das Gesetz geeignet sei, Nachteile abzuhalten, oder die Einzelnen zu fördern. „Das Gesetz verlangt den Schutz des anderen als Zweck. Der Zweck kann sich aber in der gekennzeichneten Richtung dann nur bewegen, wenn er eine Fürsorgebestimmung enthält; denn gerade „dem anderen" soll eine Beschützung durch das Gesetz zuteil werden und gerade darin sich das Gesetz erschöpfen." Weder § 123 noch § 242 ff. StGB. seien Schutzgesetze.

Seydel S. 14: „Der Schutz des anderen muß der Zweck, nicht etwa eine unbeabsichtigte Folge der Rechtsnorm sein."

Eck S. 601: „Schutzgesetze sind nur solche, die bestimmte Einzelne zu schützen bestimmt sind."

Mittweg S. 19: „Es ist ein Gesetz, dessen Übertretung die Interessen bestimmter Einzelner verletzt oder gefährdet, und das gerade zum Zwecke des Schutzes dieser Interessen erlassen ist."

[2]) Roedenbeck, Zweikampf S. 51: Der Gesetzgeber habe den Zweikampf unter Strafe gestellt, „weil durch den Zweikampf das sittliche und friedfertige Leben der bürgerlichen Gesellschaft allgemein gefährdet wird."

Gröber S. 52: „Dieser Anschauung ist entgegenzuhalten, daß . . . . . andererseits die Duellvorschriften nicht den Schutz des Duellanten bezwecken."

A. M.: v. Alten S. 16; Linkelmann S. 79; Kronecker S. 229; Blüthgen S. 19; Ganzhorn S. 17 u. a.

Aber auch deshalb können wir die Zweikampfparagraphen nicht als ein Schutzgesetz ansehen, weil hier die Schädigung mit Einwilligung des Beschädigten erfolgt.

Jemandem Schutz bieten heißt, ihn vor einer Gefahr, einem Schaden bewahren, den er nicht will. Willigte er in die Gefahr ein, so will er eben nicht geschützt sein. Wer einen Selbstmörder aus dem Wasser zieht, hat ihn zwar vor dem Tode bewahrt, aber nicht ihm Schutz gewährt. Da nun beim Duell der Geschädigte in die Schädigung einwilligt, kann man schon begrifflich nicht davon sprechen, daß das Duellverbot ihn schütze. In der gleichen Richtung liegt das nicht unbeachtliche Argument Herrmanns, das dem Schutzgesetze Charakterische sei, dem Delikt Fernstehende zu schützen.[1])

Jedenfalls wird man bezüglich der Klassifizierung von solchen gesetzlichen Bestimmungen, die eine einem anderen mit dessen Willen zuzufügende Schädigung verbieten, als Schutzgesetzen sehr zurückhaltend sein müssen, und sie nur dann vornehmen dürfen, wenn deutlich erkennbar ist, daß sie lediglich dazu dienen, die Schädigung im Interesse des Einwilligenden zu hindern, dagegen sobald Zweifel hieran bestehen, sobald auch Interessen der Allgemeinheit mit in Frage kommen, der betreffenden Vorschrift jenen Charakter nicht zuerkennen.

---

[1]) Herrmann S. 11; „Nur das interessiert hier, ob das Duellverbot ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 genannt werden kann. Diese Frage wird verneint werden müssen. Das eigentümliche beim Delikt des Duells liegt in der Gemeinsamkeit, mit der beide gegen das Gesetz verstoßen, wer sich nicht zum Zweikampf stellt, kann gar nicht in die Lage kommen, durch das Delikt des Zweikampfes seitens eines anderen Schaden zu leiden. Es sind also nur die beiden Möglichkeiten gegeben, entweder gar nicht in die Lage zu kommen beschädigt zu werden, oder selbst gegen das Duellverbot zu verstoßen: In beiden Fällen fehlt das Charakteristische des Schutzgesetzes, dem Delikt Fernstehende zu schützen."

Beim Duell stehen nun aber Interessen der Allgemeinheit insofern z. B. in Frage, als der Staat den Zweikampf als einen Eingriff in seine Hoheitsrechte, als unerlaubte Selbsthülfe zu Zwecken, für die staatliche Einrichtungen bestehen, ansehen muß.[1]) Allein dem Interesse des einzelnen etwa zu Verletzenden dient somit das Duellverbot keineswegs und kann daher auch nicht als Schutzgesetz bezeichnet werden.

Unsere Behauptung rechtfertigt sich schließlich noch aus dem Grunde, weil, was freilich nicht unbestritten ist, überhaupt grundsätzlich als Schutzgesetze nur Gesetze polizeilicher Natur in Frage kommen.[2])

Einmal haben nur diese in unzweifelhafter Weise den Zweck, bestimmte Einzelinteressen vor Schädigungen zu bewahren, andererseits wäre sonst im Abs. 2 des § 823 der erste Absatz in außerordentlich vielen Fällen in kongruenter Deckung wiederholt.[3])

---

[1]) Vgl. auch Klee S. 379: Der Zweikampf enthalte auf Seiten beider Duellanten eine Verletzung des staatlichen Imperiums, indem sie eine Angelegenheit, die vor die Gerichte gehörte, eigenmächtig unter sich zum Austrag brächten.

Zieger S. 38 Anm. 8: „Ebenso ist die Einwilligung des verletzten Menschen bei der falschen Anschuldigung, sowie beim Zweikampfe irrelevant, weil diese Delikte sich meiner Meinung nach nicht gegen die Einzelperson, sondern gegen den Staat richten."

[2]) So auch v. Liszt, Deliktsobl. S. 32: „Eine Abgrenzung der beiden Absätze ist mithin nur dann möglich, wenn man den Begriff der Schutzgesetze des zweiten Absatzes auf polizeiliche Vorschriften beschränkt." (z. B. § 120 GewO. 82 HGB.)

Ebenso Kuhlenbeck. S. 359.

A. M.: Planck S. 982: Schutzgesetze seien alle Vorschriften des StGB., die sich gegen die Verletzung der Rechte oder Rechtsgüter eines anderen richteten.

Ebenso Dernburg II S. 703; Enneccerus S. 600, 602.

[3]) Vgl. Mittweg S. 20: Bei Verletzung von Leben, Eigentum 2c. sei der Ersatz nicht auf Grund von § 823, II, sondern von § 823, I zuzubilligen.

Bei der Annahme, daß schon allgemeine Strafgesetze auch Schutzgesetze seien, bleibt doch immer noch zu prüfen, ob die Übertretung des Gesetzes auch eine zivilrechtliche Widerrechtlichkeit enthält. Diese ist auch für den Absatz 2 des § 823 eine notwendige Voraussetzung.[1]) Wollten wir das nicht annehmen, so kämen wir zu durchaus unangemessenen Ergebnissen. Z. B. wäre dann die mit Einwilligung des Berechtigten vorgenommene, vorsätzliche Sachbeschädigung im Sinne des § 303 StGB., weil nicht Verletzung eines Schutzgesetzes — es liegt ja dann keine strafbare Handlung vor[2]) — nicht zum Ersatz verpflichtend; dagegen würde sie, wenn es sich um Gegenstände der im § 304 StGB. bezeichneten Art handelte, deren Verletzung nach Ansicht des Reichsgerichts (RGS. 10, 595) selbst dem Eigentümer nicht gestattet ist, wegen offenbarer strafrechtlicher Unwirksamkeit der Einwilligung strafbar und daher Verletzung eines Schutzgesetzes sein, würde also hier zum Ersatze verpflichten. Es leuchtet ein, daß eine solche Folgerung unhaltbar ist, daraus rechtfertigt sich unsere obige Behauptung. Man wende nicht ein, daß das öffentliche Interesse an der Erhaltung der Gegenstände des § 304 dieses Ergebnis begründe. Das öffentliche Interesse an anderen Sachen kann ebenso groß sein, man denke z. B. an ein besonders wertvolles Kunstwerk, das sich im Privatgewahrsam befindet, im Privatrecht kann aber auch dem öffentlichen Interesse gar keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen.

---

[1]) Vgl. auch BGB. von Reichsgerichtsräten S. 652 Anm. 15 zu § 823: „Das Erfordernis der Widerrechtlichkeit des Handelns, ohne das eine unerlaubte Handlung nicht denkbar ist, besteht auch für die unerlaubte Handlung nach Abs. 2" und die dort zitierten Entscheidungen: RGZ. 51, 319; 56, 271; 57, 157; 60, 1 und 60, 12.

[2]) Daß die Einwilligung bei Sachbeschädigungen im Sinne des § 303 StGB. die Rechtswidrigkeit aufhebt, ist allgemein anerkannt.

Daß das strafrechtliche Verbot einer Handlung deren zivilrechtliche Widerrechtlichkeit noch nicht bedingt, ergibt sich beim Falle einer durch blutschänderischen Geschlechtsverkehr hervorgerufenen Körperverletzung z. B. der Defloration. Denn es wäre absurd, hierin eine widerrechtliche Körperverletzung im Sinne des Abs. 1 des § 823 BGB. zu sehen und einen Ersatzanspruch für grundsätzlich berechtigt zu halten, obwohl ihre strafrechtliche Verbotenheit außer Frage steht, und die sonstigen Voraussetzungen des § 823, I ohne Zweifel vorliegen, oder vorliegen können.

Daher wäre, angenommen, daß man die Duellvorschriften als Schutzgesetz ansehen will, immer noch die zivilrechtliche Widerrechtlichkeit ihrer Uebertretung zu prüfen, und in dieser Hinsicht gälte dann dasselbe, was unten über den gleichen Punkt bei Abs. 1 des § 823 ausgeführt ist.

Ebensowenig wie der Abs. 2 des § 823 kommt für unseren Fall der § 826 in Betracht.

Einmal richtet sich der Vorsatz des Duellanten nur auf die Körperverletzung, die Entstehung eines weiteren Schadens ist seiner Vorstellung zunächst völlig fernliegend. § 826 verlangt aber gerade, daß der Vorsatz des Schädigers sich auf den Schaden selbst beziehen soll, also auf die wirtschaftliche, vermögensrechtliche Einbuße. Zum mindesten ist ein Beweis für das Vorliegen dieses Vorsatzes nahezu ausgeschlossen.

Außerdem verstößt die Duellverletzung auch nicht gegen die guten Sitten, da das Duell selbst in weiten Kreisen noch als berechtigt angesehen wird. Jedenfalls kommt ihr diese Eigenschaft deshalb nicht zu, weil man kaum wird

---

[1]) Wie Zitelmann, Ausschluß behauptet hat, der S. 63 ff. sagt, die Widerrechtlichkeit im straf- und zivilrechtlichen Sinne sei kongruent.

sagen können, daß eine Verletzung, die mit Einwilligung des Beschädigten diesem zugefügt ist, wider die guten Sitten verstoße.

Schließlich ist bei Körperverletzung die Anwendung des § 826 überhaupt ausgeschlossen. Er ist nur dafür gedacht, Schädigungen durch geschäftliche oder ähnliche Manipulationen durch Gewährung eines Ersatzanspruches zu begegnen; auf Körperverletzungen sollte er gar keine Anwendung finden.

Bezüglich dieser besteht ja auch im § 823 eine lex specialis und zwar so, daß bei einem Tatbestande, wo es sich um Körperverletzung handelt und § 826 anwendbar erschiene, immer auch § 823 in Anwendung kommen müßte.

Somit können die §§ 823, II und 826 BGB. die Ersatzpflicht für durch Zweikampf erworbene Verletzung nicht begründen und es bleibt hierfür nur noch der Abs. 1 des § 823 übrig: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig den Körper eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet." Erforderlich ist also eine körperliche Verletzung, deren Verursachung durch eine bestimmte Person, das Verschulden dieser Person und die Wiederrechtlichkeit ihres die Ursache bildenden Verhaltens.

Die Verletzung des Körpers ist vorhanden. Es genügt, wenn eine Beeinträchtigung der leiblichen Integrität vorliegt, auf den Umfang der Beeinträchtigung kommt es nicht an.

Daß diese Verletzung durch den Gegner verursacht ist, ist dann jedenfalls zweifellos, wenn sie unmittelbar durch dessen Hieb, Stich oder Schuß herbeigeführt ist. Eine Verursachung liegt aber auch dann vor, wenn der Verletzte sich durch eigene Bewegungen die Verletzung an der Waffe des Gegners zugezogen hat, z. B. er schlägt mit dem Arm in den Säbel des Gegners.

Denn einmal war das Verhalten des Gegners, nämlich seine Teilnahme am Zweikampf condicio sine qua non der Verletzung, andererseits ist die Verletzung in der bezeichneten Art nicht so durchaus selten oder unwahrscheinlich, daß ihre Möglichkeit nicht vorhergesehen werden konnte[1]). Nur dann wird man von einer Verursachung durch den Gegner im Rechtssinne nicht sprechen, wenn der Verletzte sich die Verletzung an der zur Zeit stillgehaltenen Waffe des Gegners absichtlich zugefügt hat[2]).

Ist die Verletzung durch Zufälligkeiten enstanden, etwa der Verletzte strauchelt und fällt in die Waffe des Gegners, oder ein abspringendes Stück von der gegnerischen Klinge trifft ihn, so könnte die Kausalität mit dem Verhalten des Gegners aus dem Grunde zweifelhaft sein, weil diese Zufälle sehr seltene Ausnahmen sind; aber nach der Theorie von der nachträglichen objektiven Prognose ist die Frage zu bejahen, da vom allgemeinen Standpunkt des weisen Beobachters mit solchen Zufällen wohl gerechnet werden kann.

Daß an der Verletzung in aller Regel der Verletzer schuld ist, kann nicht zweifelhaft sein. Zur Vermeidung von Wiederholungen sei hier auf das unten s. 43 Gesagte verwiesen. Zweifelhaft sind nur die im vorigen Absatz erwähnten Fälle. U. E. würde der Einzelne nicht mit so ganz seltenen Zufällen zu rechnen haben und von Fahrlässigkeit freizusprechen sein; eine so zugefügte Verletzung würde daher Haftung nicht zur Folge haben können.

---

[1]) Wir legen die herrschende Theorie von der sogen. adäquaten Kausalität zu Grunde. Sie wird u. a. vertreten von Oertmann, Rümelin, Verwendung, Zitelmann BGB., BGB. von Reichsgerichtsräten, vgl. insbesondere S. 639 u. d. dort zit. Entsch. des RG., Goez S. 14, Heyn S. 16, Röseler S. 8, Rosenthal S. 21/22.

[2]) Vgl. das unten S. 37 ff. angeführte.

Nicht so einfach wie die Prüfung der bisher behandelten Voraussetzungen des § 823 ist die der letzten, der Widerrechtlichkeit der im Duell zugefügten Verletzung.

Nach allgemeiner Ansicht[1]) ist jede Rechtsgutverletzung grundsätzlich rechtswidrig und ist es nur dann im einzelnen Falle nicht, wenn besondere Umstände vorliegen, durch die die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird.

Es erscheint naheliegend, hier mit dem Begriffe der Notwehr zu operieren, da die Angriffshandlung des Duellanten, weil verboten, rechtswidrig sei und der Gegner sich doch gegen diesen Angriff verteidige. Man möchte vielleicht sagen, der Angriff des Duellanten sei rechtswidrig, die Abwehrhandlung des Gegners, weil zur Abwendung erforderlich, Notwehr und daher nicht rechtswidrig, das Tun jedes Kontrahenten also, soweit es nur als Verteidigung anzusehen sei, erlaubt, soweit es aber über den Umfang der Verteidigung hinausgehe, rechtswidrig.

Damit ist jedoch nicht durchzukommen. Und zwar schon deshalb nicht, weil die Verteidigung gegen den Angriff des mit der tötlichen Waffe ausgerüsteten Gegners notwendiger Weise bis zu dessen Kampfunfähigmachung oder Tötung geht. Daraus würde nämlich folgen, daß Angriff und Verteidigung gar nicht zu trennen wäre, sich vielmehr kongruent deckte und daher die Handlungsweise jedes Kontrahenten zugleich ganz rechtswidrig und ganz erlaubt wäre. Man kann nicht etwa sagen, daß derjenige, durch dessen Angriff der Kampf eröffnet ist, der alleinige Angreifer sei, der Gegner aber in Notwehr handele. Denn dann würde von dem zufälligen Umstande wer den Bruchteil einer Sekunde eher beginnt, abhängen, daß dieser stets, während des ganzen Kampfes oder Ganges, rechtswidrig, der Gegner aber stets in erlaubter Weise handelte, eine offenbar gänzlich unhaltbare Annahme.

[1]) Vgl. z. B. H. A. Fischer S. 272.

Besonders ist aber zu beachten, daß das StGB. den Zweikampf im ganzen verbietet, also die Handlung jedes Teilnehmers. Leiteten wir also aus dem Verbot die Rechtswidrigkeit des Angriffs her, so müssen wir folgerecht aus dem gleichen Verbote auch die Rechtswidrigkeit der Verteidigung, die notwendiger Bestandteil des Zweikampfes ist, folgern.

Aus dem Gesagten folgt wohl zur Genüge, daß von Notwehr gegen den regelrechten Duellangriff keine Rede sein kann.[1])

Die Verletzung im Zweikampf ist jedoch deshalb nicht rechtswidrig im Sinne des § 823, I, weil der Verletzte in sie eingewilligt hat.

Durch den Umstand, daß er sich zum Zweikampf bereit erklärt, und stellt, hat der Duellant in jede ihm regelrecht beigebrachte Verletzung, selbst in seine durch eine solche verursachte Tötung von vornherein eingewilligt; irgendwelche ausdrückliche Erklärungen nach dieser Richtung sind nicht erforderlich.

Diese Meinung ist durchaus nicht allgemein geteilt. Gegen sie werden vor allem folgende Gründe geltend gemacht.

Einmal: Die Einwillung bestehe nicht in dem bloßen Zulassen einer Handlung, sondern in dem Wollen des Erfolges. So sagt Gröber S. 26: „Die Einwilligung besteht nicht . . . in dem bloßen Wollen einer Handlung sondern setzt, sich zusammen aus der Einwilligung in die Vornahme der Handlung, verbunden mit der übereinstimmenden Absicht des Täters und des Einwilligenden, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen." Der Duellant willige zwar in den Kampf, doch nicht in die Verletzung, da er die Absicht habe, zu siegen. Ähnlich meint auch

[1]) So auch Herrmann S. 27.

Hälschner S. 173, der Zweikampf sei zwar gewollt, nicht aber der Erfolg, die Verletzung[1]).

Einen feststehenden Begriff der Einwilligung haben wir nicht, es muß deshalb kasuistisch deduziert werden. Wir wollen uns an das von Kessler Zweikampf S. 19 angeführte Beispiel halten, weil es besonders einfach und lehrreich ist. A gestattet dem B, auf seine, des A Sache zu schießen, in der Erwartung, etwa wettend, B werde nicht treffen. B trifft und zerstört die Sache. Daß hier A den Erfolg, die Beschädigung gewollt, oder gar beabsichtigt hätte, kann man gewiß nicht behaupten. Gleichwohl wird niemand zweifeln, daß eine rechtswidrige Eigentumsverletzung nicht vorliegt und zwar deshalb nicht, weil A in sie eingewilligt hat. Daraus ergibt sich klar, daß die von Gröber und Hälschner geforderten Umstände keine Begriffsmerkmale der Einwilligung sind.

Sodann: Der Duellant verteidige sich doch mit allen Kräften, so Gröber S. 24: „ . . . . setzt der Duellant alles daran, was in seiner Macht steht und ihm nach den Regeln des Zweikampfes erlaubt ist, um seine Verletzung zu verhindern, er sucht sogar seinerseits den Gegner unschädlich zu machen, um ihn so an der Verletzung zu hindern. Wer aber alles aufbietet eine Verletzung seiner

---

[1]) Vgl. Hälschner II S. 172—177, insbesondere S. 174: „Aus dem Einwilligen, dem Wollen der Gefahr, folgt also keineswegs das Wollen des als möglich vorgestellten Erfolges und am wenigsten in den Fällen, in denen, wie es bei dem Duell in der Regel sich verhalten wird, das Wollen rücksichtlich des Erfolges überhaupt ausgeschlossen erscheint." und S. 176 „die Verletzung des Einwilligenden setzt voraus, daß dieser die Verletzung nicht nur wünscht, sondern will, beabsichtigt, darum auch mit dem Bewußtsein handelt, sie selbsttätig zu verursachen, indem er einen anderen anstiftet und sich desselben zur Verwirklichung seiner Absicht bedient."

Person zu hindern, von dem kann man doch nicht sagen, er willigt in die Verletzung".[1])

Auch das ist keineswegs durchschlagend. Man braucht nur den oben genannten Fall sich so vorzustellen, daß der Eigentümer irgendwelche Manipulationen vornimmt, um den Erfolg, das Treffen, zu hindern; wenn dieser dennoch eintritt, wird man nicht zweifeln können, daß in ihn eingewilligt ist.[2])

Wenn weiter gesagt wird, daß nur in eine bestimmte Handlung eingewilligt werden könne,[3]) so ist dem entgegenzuhalten, daß eine zukünftige Handlung nie ganz bestimmt ist, nie genau vorausgesehen werden kann, und andererseits die Begrenzung, daß die Verletzung beim Zweikampf, innerhalb der Regeln erfolgen soll, eng genug ist, um sie genügend bestimmt sein zu lassen.

Die Ansicht Herrmanns, daß, wenn in dem Sichstellen zum Duell Einwilligung in dessen schädliche Folgen liege, diese durch Abwehrhandlungen widerrufen

---

[1]) Ähnlich von Weinrich S. 90; „Der Gesichtspunkt der Einwilligung läßt sich freilich nicht verwerten, weil die Duellanten wohl in den Kampf, nicht aber in die Verletzung einwilligen. Denn wer kämpfend Leib und Leben verteidigt, von dem kann man nicht sagen, daß er mit deren Verletzung einverstanden sei."

An ihn schließt sich Blüthgen S. 25 an.

So auch Ganzhorn S. 9: „Jeder wehrt sich seiner Haut nach Kräften und sucht den Gegner unschädlich zu machen. Eine Einwilligung liegt darin nicht."

[2]) Oder man denke etwa an folgendes Beispiel: Ein Cirkusmann läßt Äpfel oder Apfelsinen auf sich werfen, die er mit dem Degen auffängt. Wenn er hier getroffen wird, so kann man doch nicht zweifeln, daß eine rechtswidrige Körperverletzung deshalb nicht vorliegt, weil er in sie eingewilligt hat, und doch hat er sich gegen die Geschosse gewehrt, indem er sie aufzufangen suchte.

[3]) Gröber S. 27: Die Einwilligung könne sich nur auf eine bestimmte Handlung beziehen. Vor dem Duell sei jedoch die Verletzung noch sehr unbestimmt; es stehe nicht einmal fest, wer verletzt werden würde.

werde,[1]) ist deshalb unhaltbar, weil ja diese Abwehrhandlungen im Augenblicke des Sichstellens, also der Einwilligung, schon in Aussicht genommen werden, und trotzdem die Einwilligung erfolgt. Daß ein Widerruf der Einwilligung sehr wohl denkbar ist, leuchtet ein, aber dieser Widerruf geschieht eben nicht durch die im Tatbestande der Handlung, in die eingewilligt wird, notwendig liegenden Verteidigungshandlungen, sondern würde nur durch ausdrücklichen Rücktritt vom Zweikampfe selbst zu erklären sein.

Die Behauptung Hälschners,[2]) daß das Einwilligen bezüglich des Lebens und der Gesundheit eine engere und andere Bedeutung habe als sonst, daß hier der Einwilligende die Verletzung beabsichtigen und das Bewußtsein selbsttätiger Verursachung haben müsse, ist willkürlich und durch nichts zu rechtfertigen. Einen Versuch der Begründung hat der genannte Autor denn auch nicht gemacht.

Wenn Crome und Ganzhorn[3]) das Hauptgewicht

[1]) Herrmann S. 18 ff: „Zum mindesten muß man annehmen, daß, falls in dem Sichstellen zum Duell eine Einwilligung in die schädlichen Folgen desselben zu erachten ist, der Duellant, der sich beim Duell Abwehrmittel dienstbar macht — sei es das Parieren eines Hiebes, sei es der Schuß auf den Gegner — insoweit durch konkludentes Handeln die Einwilligung wiederruft. Die Möglichkeit eines derartigen Widerrufs ist ohne weiteres zuzugeben, da ein bindender Vertrag des Inhalts, sich töten zu lassen, undenkbar ist."

[2]) Hälschner S. 176: „Vorausgesetzt, daß auch Gesundheit und Leben Güter sind, bei denen der Satz volenti non fit iniuria Anwendung findet, ist zunächst darauf hinzuweisen, das in solchen Fällen das „Einwilligen" eine engere und wesentlich andere Bedeutung hat, als in anderen."

[3]) Ganzhorn S. 37: „. . . . . allein wir sehen im Zweikampf keine Einwilligung mehr, sondern stellen alles auf das konkurrierende Verschulden . . . . ."

Crome S. 349 Anm. 11: Von dem Falle der Einwilligung sei der andere zu unterscheiden, wenn bloß eine gemeinschaft-

beim Zweikampf wie beim außerehelichen Beischlaf auf das konkurrierende Verschulden legen, so kann man nur sagen, daß damit ein Grund gegen das Vorliegen der Einwilligung nicht gewonnen ist.

Es ergibt sich also, daß ein stichhaltiger Grund gegen die Annahme, der Duellant willige in seine Verletzung, nicht vorgebracht worden ist, und ein solcher ist auch nicht zu finden. Es mag zu weit gehen, wie Roedenbeck, Zweikampf S. 25, zu sagen, wer sich mit Bewußtsein in eine Lebensgefahr begebe, willige von vornherein in die Verletzung oder Tötung. Dies ist aber dann jedenfalls richtig, wenn die Verletzung oder Tötung von dem Gegner beabsichtigt wird und der Gefährdete dies weiß. Das trifft auf das Duell zu. Hier hat der Verletzte die Vornahme einer Handlung gestattet, von der ihm bekannt ist, daß sie gewisse schädliche Folgen haben kann und daß mit ihr diese schädlichen Folgen höchstwahrscheinlich beabsichtigt sind. Daß der Einwilligende sie wolle, ist gar nicht erforderlich. Er muß nur die Handlung zulassen, durch die der Erfolg eintritt, und sich dabei der Möglichkeit der Herbeiführung des Erfolges durch sie und der wahrscheinlichen Absicht des Handelnden nach dieser Richtung bewußt sein. Der Spieler will auch nicht verlieren, er will nur das Spiel, und doch hat er in das Verlieren eingewilligt, weil er dies als möglich in Betracht ziehen und annehmen muß, daß der Gegner gerade dies wünscht.[1])

---

liche Handlung vorliege, für die einen oder beide Teile ein Verschulden treffe.

S. 353 Anm. 28: Beim mitwirkendem Verschulden sei auch die Entscheidungsnorm für die Beurteilung der aus dem Zweikampf hervorgehenden eventuellen Ersatzansprüche zu finden.

[1]) Das Beispiel ist entnommen aus Villnow S. 612.

Die Literatur hat daher auch in überwiegender Mehrheit unseren Standpunkt geteilt und für ihn zum Teil ausführliche und überzeugende Gründe angeführt.[1])

Durch diese Einwilligung ist die Rechtswidrigkeit der Verletzung im Zweikampf ausgeschlossen; denn nach allgemeiner Ansicht hat die Einwilligung des Berechtigten in eine schädigende Handlung diesen Erfolg grundsätzlich, und ein Anlaß, hier eine Ausnahme zu machen, liegt nicht vor.

Allerdings sind diese Behauptungen scharf bestritten. Man hat in folgender Weise argumentiert: Die Einwilligung sei ein Rechtsgeschäft und nur als solches wirksam, die Einwilligung in Verletzung im Zweikampf sei jedoch verboten bezw. verstoße gegen die gute Sitten. Sie sei daher nichtig und unwirksam, deshalb nicht geeignet, die Rechtswidrigkeit auszuschließen.

Wir halten diese Beweisführung in ihren einzelnen Teilen für unrichtig. U. E. ist die Einwilligung kein Rechtsgeschäft, die Einwilligung in Verletzuung im Zweikampf verstößt nicht gegen Gesetz und gute Sitten, und hätte die Gegenseite Recht, so käme man zu unhaltbaren Ergebnissen.

Die gekennzeichnete Ansicht wird in ausführlicher Begründung von Zitelmann, Ausschluß, vertreten. Seinen

---

[1]) Vgl. insbesondere: Roedenbeck, Zweikampf S. 25/26; Waechter, Fortschritte S. 81 Anm. 104; S 81, 82 Anm. 105; Keßler, Einwilligung S. 5 ff. u. 109 ff.; v Waechter, Volenti S. 5; Zimmermann, Beitrag S. 389, 392; v. Buri II S. 357; Kronecker S. 219, 223; Ortmann I S. 114; Roedenbeck, Volenti S. 124 ff.; Villnow S. 612; Gruchot S. 171; Thilo S 421; Staudinger S. 1601; Klee S. 379, 380 Anm. 20; Kiehl S. 362, 363, 371; Seydel S. 22; v. Alten S. 7, 8; Hartmann S. 756; Pfersdorff S. 51, 52; Enneccerus S. 598 Anm. 26; Planck S. 977; Zitelmann, Ausschluß S. 69 ff.; Linkelmann S. 79, 80; Zieger S. 38 Anm. 8,

Ausführungen haben sich eine Reihe von Schriftstellern[1]) und auch das Reichsgericht[2]) angeschlossen. Zitelmann sagt S. 48: „Indes unser Gesetzbuch schweigt über die Einwilligung vollständig; will man trotzdem ihre Wirksamkeit behaupten, so muß man sie aus irgend einem allgemeineren positiv-rechtlichen Grundsatze herleiten, und da meine ich: Als solcher bietet sich lediglich der Grundsatz über Rechtsgeschäfte dar, der Satz nämlich, daß im Privatrecht die Person innerhalb gewisser Schranken die Macht hat, ihre Rechtsverhältnisse zu gestalten: durch die Einwilligung wird die Rechtswidrigkeit dann und nur dann ausgeschlossen, wenn die Einwilligung sich als ein auf diesen Ausschluß gerichtetes Rechtsgeschäft des Rechtsinhabers — so will ich den Inhaber des Rechts oder des geschützten Rechtsguts, in das eingegriffen wird, kurz nennen — erweist; damit ist zugleich gegeben, daß sie, um wirksam zu sein, inhaltlich und in allen sonstigen Beziehungen sämtlichen Erfordernissen, die das Gesetz für Rechtsgeschäfte aufstellt, entsprechen muß." S. 51: „Aber soviel darf doch heute als ziemlich anerkannt behauptet werden: Wenn man, damit die Willenserklärung eine rechtsgeschäftliche sei, eine „juristische Absicht" des Erklärenden fordert, so braucht diese Absicht doch keine juristisch ausgeprägte zu sein, es genügt, wenn sie auf einen gewissen tatsächlichen Erfolg geht, sofern nur der Handelnde diesen Erfolg zugleich als einen rechtlich bedeutsamen, von der Rechtsordnung anerkannten beabsichtigt, wobei weiter auch der Grad den Deutlichkeit, mit der der Handelnde diese rechtliche Seite des beabsichtigten Erfolgs

---

[1]) So Krückmann I S. 441, 443, 447, 448, 448 Anm. 1; H. A. Fischer S. 271, 274, 279; Planck S. 977; Enneccerus S. 598 Anm. 25; vgl. auch Motive I S. 730; Brückmann S. 698; v. Alten S 14.

[2]) siehe RGZ. 66, 307.

vorstellt, gleichgültig bleibt. Daß die Einwilligung aber dieser Charakterisierung entspricht, das meine ich, ist sicher. Ich ziehe zum Vergleich die im § 185, I behandelte Einwilligung heran, obwohl sie, wie sich später zeigen wird, nicht eine Einwilligung in dem uns hier beschäftigenden Sinne ist. Diese Einwilligung soll einer Verfügung, die ein anderer über einen dem Einwilligenden zugehörenden Gegenstand trifft, Wirksamkeit verleihen; daß sie ein wahres Rechtsgeschäft ist, steht ganz außer Zweifel, und doch wird auch bei ihr die juristische Absicht nur in den seltensten Fällen eine klar bewußte und ausgestaltete sein. Wenn etwa der Vater dem Kinde erlaubt, einem Bettler ein Stück Brot zu geben, so wird die rechtliche Bedeutsamkeit der Erlaubnis, ihr Charakter also als Rechtsgeschäft, dem Vater nur schwach zum Bewußtsein kommen; nicht anders steht es mit der Einwilligung in rein tatsächliche Handlungen, die in den Rechtskreis des Einwilligenden eingreifen: sie ist gerade so viel und gerade so wenig auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet, wie jene Einwilligung erster Art. Daran wird man nicht zweifeln, wenn das Gesetz selbst ausdrücklich von einer solchen Einwilligung in tatsächliche Handlungen spricht. Oder will man ernstlich bestreiten, daß es eine rechtliche Willenserklärung sei, wenn einer der Teilhaber eines gemeinschaftlichen Gegenstandes seine Einwilligung zu einer tatsächlichen, die gemeinschaftliche Sache betreffenden Maßregel gibt (§ 744)? oder wenn der Grundstückseigentümer seinem Nachbarn die Zustimmung zur Beseitigung oder Änderung einer Grenzanlage erteilt (§ 922)? Ebenso aber verhält es sich mit allen Einwilligungen in tatsächliche Handlungen, die ohne solche Einwilligungen rechtswidrige Eingriffe wären; einen Unterschied zu machen, und hier den Charakter der Einwilligung als eines Rechtsgeschäfts zu leugnen, dort ihn zu bejahen, wäre durchaus willkürlich."

Wir können diese Darlegungen Zitelmanns nicht als zutreffend anerkennen,

Rechtsgeschäft ist eine Handlung, die darauf gerichtet ist, einen Rechtserfolg herbeizuführen, und diesen erreicht weil er gewollt ist[1]). Also nicht jede Handlung, die rechtliche Wirkungen hat, ist ein Rechtsgeschäft, sondern nur eine solche, mit der der Handelnde diese Wirkung bezweckt hat.

Der Einwilligende bezweckt nun aber gar nicht die rechtlichen Wirkungen, die seine Erklärung hervorruft.

In aller Regel denkt er gar nicht an rechtliche Konsequenzen seiner Erklärung, seine Gedanken sind vielmehr allein mit den tatsächlichen Wirkungen der gestatteten Handlung beschäftigt[2]).

Als ein zu denkender Rechtserfolg der Einwilligungserklärung kommt nur in Frage der Wegfall des Ersatzanspruches, die Verletznng selbst oder der Ausschluß der Widerrechtlichkeit der beabsichtigten Handlung.

Die Einwilligung kann jedoch, um wirksam zu sein, nicht den Wegfall des Ersatzanspruches bezwecken, da sie dann einen Verzicht auf den Ersatzanspruch darstellte, dessen Entstehen also zunächst voraussetzte und somit, da ja der Ersatzanspruch die Widerrechtlichkeit der Handlung selbst zur notwendigen Voraussetzung hat, die Rechtswidrigkeit nicht ausschlösse[3]).

---

[1]) So die herrschende Ansicht, wie auch Mot. I S. 26.

[2]) Vgl. insbesondere: Kiehl, S. 381, 383; Linkelmann S. 78, 80 und 81; Kessler, Einwilligung S. 19—26, 99, 100; Guderian S. 51; Zieger S. 38.

[3]) Als Verzicht auf den betreffenden Teil der Rechtssphäre wurde die Einwilligung aufgefaßt von Roedenbeck S. 28; Kronecker S. 220, 223; Ortmann I S. 108, 109, 110/11; Herrmann S. 15.

Vgl. dagegen namentlich Kessler, Zweikampf S. 22, 23, der mit Recht darauf hinweist, daß der Einwilligende die Er-

Die Verletzung an sich aber, in die eingewilligt wird, sei sie Körperverletzung oder etwa Sachbeschädigung, ist nur ein tatsächlicher, kein Rechtserfolg. Wäre dem nicht so, wäre also z. B. körperliche Verletzung ein Rechtserfolg, so ließe sich jede absichtliche vorsätzliche Körperverletzung unter den Begriff des Rechtsgeschäftes bringen, wie an Hand unserer oben gegebenen Definition einleuchtet. Denn die absichtliche Körperverletzung ist eine Handlung, gerichtet auf körperliche Beeinträchtigung, und führt diese herbei, weil sie gewollt ist.

Bezüglich des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit,[1]) muß man zweifeln, ob er als Inhalt eines Rechtsgeschäftes überhaupt anerkannt werden kann. Dies wird dann besonders zweifelhaft erscheinen, wenn der Einwilligende vereinbart, daß trotz seiner Einwilligung, z. B. bei Sachbeschädigung, die Ersatzpflicht fortbestehen solle. Denn dann wäre die Einwilligung darauf gerichtet, bei einem evtl. Anspruche die Anwendung der §§ über die unerlaubten Handlungen auszuschließen, ein Erfolg, der dem rechtsgeschäftlichen Privatwillen entzogen sein dürfte. Jedenfalls denkt an diesen Erfolg seiner Einwilligung der Einwilligende am allerwenigsten.

Somit kommen die genannten Folgen als Rechtserfolg der Einwilligung nicht in Frage; ein anderer Rechtserfolg, der mit ihr bezweckt sein könnte, läßt sich aber nicht denken. Daraus ergibt sich, daß sie nur auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet ist. Und es lassen sich leicht

---

laubnis in jedem Augenblicke zurücknehmen könne, während ein wirklicher Verzicht unwiderruflich sei.

Als Verzicht auf den Ersatzanspruch wollen die Einwilligung anscheinend auffassen: Staudinger S. 1601, Landsberg S. 252.

[1]) Diesen nimmt offenbar Zitelmann, Ausschluß S. 55, 59, als Rechtserfolg der Einwilligung.

Fälle denken, bei denen die Annahme höchst sonderbar erscheint, die Einwilligung sei ein Rechtsgeschäft.[1])

Daß die Einwilligung stets vom Einwilligenden frei widerrufen werden kann, ist allgemein anerkannt. Man wird aber u. E. mit Kessler, Zweikampf,[2]) noch weiter

[1]) Vgl. die guten Beispiele bei Kiehl S. 383: „Wie könnte man es andererseits als ein Rechtsgeschäft auffassen, wenn A dem B gelegentlich gestattete, über sein befriedetes Gehöft zu gehen, dem Knaben C, der nach der Scheibe schießt, gestattete, eine Henne als Ziel zu nehmen." „Wie könnte es ferner . . . . . als ein Rechtsgeschäft aufzufassen sein, wenn zwei weibliche Studenten . . . . . sich dahin verständigen, sich gegenseitig das Haar zu schneiden, wenn zwei mutwillige Jünglinge übereinkommen, sich gegenseitig gewisse Schläge zu verabfolgen, um zu sehen, wer es länger aushält? Wenn A den B bittet . . . . ihm den Arm abzuschlagen oder A dem B gestattet auf seine Henne zu schießen."

[2]) Vgl. Kessler, Einwilligung S. 109/110: „Die Fortdauer der Einwilligung bedarf der ausdrücklichen Erklärung oder besser, da diese Formulierung sich zu sehr der unrichtigen Ansicht akkomodiert: die Einwilligung muß unmittelbar vor der Tat erklärt werden. Es folgt das ohne weiteres aus dem soeben Gesagten in Verbindung mit dem Charakter der Einwilligung als Willenserklärung. Nur die faktische Bedeutung kann eine frühere Einwilligungserklärung haben, daß ihretwegen unter Umständen schon ein bloß passives Verhalten, desjenigen, der sie abgegeben hat, unmittelbar vor der Tat sich als ausdrückliche Einwilligung darstellt, während dies ohne seine vorangegangenen Erklärung nicht der Fall sein würde." „Die volle praktische Bedeutsamkeit dieses Unterschiedes erweist sich bei der Einwilligung in solche Handlungen, die nicht anders als in Gegenwart des Einwilligenden vorgenommen werden können. Wenn A eines Abends dem Mediziner B zu Gefallen sich bereit erklärt hat, sobald dieser wolle, irgend einen operativen Akt nach vorgängiger Cloroformierung experimentell an sich vornehmen zu lassen, und B in der Besorgnis, es könne den A gereuen, in der Nacht den Schlafenden chloroformiert und die Operation vornimmt, so würde er nach Ortmanns vorhin zit. Ansicht straflos sein. Ich würde ihn unbedenklich verurteilen und rechne dabei auf allseitige Zustimmung."

Ähnlich Klee S. 198: Einwilligung enthalte keine Festnagelung des Willens, sondern sei gegenwärtiger Wille.

gehen müssen und sagen, daß die einmal erklärte Einwilligung nur dann ihre Wirkung über den Augenblick der Erklärung hinausbehält, wenn dies aus besonderen Umständen zu folgern ist. Daher hat die Einwilligung nicht nur gar keine Bindung des Erklärers zur Folge, sondern sie hat an sich zunächst überhaupt keine Rechtswirkung, vielmehr nur dann, wenn sie durch weiteres konkludentes Handeln als andauernd bestätigt wird.

Eine Handlung aber, die nur momentane Wirkung hat und jedenfalls vom Handelnden jederzeit mit unbeschränkter Wirkung widerrufen werden kann, ist kein Rechtsgeschäft. Umsoweniger ist es die Einwilligung, da hier noch hinzukommt, daß sie ein Rechtsgeschäft des Obligationenrechtes sein müßte.[1])

Man kann hiergegen nicht das Rechtsgeschäft der Bevollmächtigung anführen, da dieses zwar auch frei widerruflich ist, aber trotz des Widerrufs eine Reihe von Wirkungen der erteilten Vollmacht noch bestehen oder bestehen können, auch wenn ein Handeln gemäß ihr noch nicht stattgehabt hat.[2])

Ebensowenig kann auf die Besonderheit des Testamentes hingewiesen werden, da dieses einem ganz anderen Rechtsgebiet angehört.

Die Unhaltbarkeit der Annahme, die Einwilligung sei ein Rechtsgeschäft geht aus ihren Konsequenzen hervor. Sie würde nämlich zur Folge haben, daß jeder 19- und 20-jährige Minderjährige keine wirksame Einwilligung

[1]) Daß obligatorische Rechtsgeschäfte niemals frei widerruflich sind, ergibt sich auch aus der allgemeinen Ansicht, daß unter der Bedingung „si velis" ein obligatorisches Rechtsgeschäft nicht abgeschlossen werden kann. Vgl. auch l. 17, l. 27 § 1, l. 115 § 1, D. 45 I: De verborum obligationibus,

Der Kauf auf Probe kann hiergegen deshalb nicht angeführt werden, weil hier jedenfalls der Verkäufer gebunden ist, also eine obligatorische Verpflichtung ohne weiteres entsteht.

[2]) Vgl. die §§ 169, 170, 171, BGB.

zu schädigenden Rechtshandlungen ohne vorherige Zustimmung („Einwilligung") seines gesetzlichen Vertreters erteilen könnte und für jeden Einzelfall diese Zustimmung in schriftlicher Form vorlegen müßte.[1]) Mangels dieser wäre jede Zahnoperation, jedes Haarschneiden, Rasieren, Manicuren eine zivil- und strafrechtlich rechtswidrige Körperverletzung am Leibe des Minderjährigen.[2])

Nach dem oben Gesagten kann also u. E. die Einwilligung in schädigende Handlungen eines anderen, also auch in die Verletzung im Zweikampf als Rechtsgeschäft nicht aufgefaßt werden. Daher wird auch ihre Wirksamkeit von der Frage, ob sie gegen Gesetz oder gute Sitten verstoße, in keiner Weise beeinflußt.

Die Einwillung in die Duellverletzung verstößt aber auch gar nicht gegen Gesetz oder gute Sitten.

Wenn das BGB. im § 134 davon spricht, daß ein Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot verstoße, so ist zu verlangen, daß das Verbot sich unmittelbar gegen derartige Rechtsgeschäfte richtet, denn anders ist der Fall daß ein Rechtsgeschäft gegen ein Gesetz verstoße, gar nicht denkbar. Beispiel für solche Verbote sind die Strafparagraphen der KO., die gewisse Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners mit Strafe bedrohen.[3]) Ein derartiger Fall liegt hier nicht vor.

---

[1]) Vgl. § 111 BGB.

[2]) Vgl. hierzu die treffenden und mit scharfem Witze gewürzten Bemerkungen Kesslers, Einwilligung.

Dieser Konsequenz sucht H. A. Fischer, ein Anhänger von Zitelmanns Ansicht, zu entgehen, indem er S. 27 meint, die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit seien nicht schablonenmäßig auf die Einwilligung anzuwenden. Das läßt sich denn doch in keiner Weise begründen!

Auch die Protokolle S. 578 haben sich dagegen ausgesprochen, daß die Einwilligung stets als Rechtsgeschäft anzusehen sei.

Ähnlich Klee S. 206, 254 und Pfersdorff, S. 23.

[3]) Vgl. z. B. § 239 Ziffer 2, § 240 Ziffer 1 und 2, § 241 KO.

Wenn das StGB. den Zweikampf und die Herausforderung dazu mit Strafe bedroht, so hat es nur das den Gegner gefährdende, die Angriffshandlungen, bezw. die Erklärung solche begehen zu wollen, im Auge. Ein Verbot der Einwilligung in diese Handlungen ist nirgends ausgesprochen. Ein solches Verbot der Einwilligung, welches gefordert werden müßte, damit der Tatbestand des § 134 vorläge, läßt sich aus den Bestimmungen über den Zweikampf nicht entnehmen.

Daß aus den Vorschriften des Strafgesetzbuchs über die Körperverletzung ein Verbot der Einwilligung in die Duellverletzung nicht entnommen werden kann, ist klar, wenn man sich vergegenwärtigt, daß nach richtiger Ansicht[2]) die mit Einwilligung des Verletzten vorgenommene Körperverletzung überhaupt straflos ist.

Ebensowenig verstößt die Einwilligung in die Duellverletzung gegen die guten Sitten.

Wir wollen davon absehen, daß man vielleicht sagen kann, das Duell selbst verstoße nicht gegen die guten Sitten.

Dies ist vor allem deshalb nicht der Fall, weil die Einwilligung unter dem ganzen Tatbestand des Zweikampfes etwas ganz harmloses, den Gegner nicht gefährdendes ist und weil sie geradezu der Billigkeit entspricht; denn sie ist die notwendige und angemessene Ergänzung zur eigenen Angriffshandlung.

---

[2]) So u. a. v. Buri I S. 357, 358; Kronecker S. 222; Ortmann I, S. 105, 106, 108, 109. Ullmann S. 536; Kessler Bemerkungen S. 564; Zimmermann S. 50; Brückmann S. 685; Klee S. 177, 179 ff; Heimberger S. 694, Anm. 49; Ortmann II S. 377; Gröber S. 23; Guderian S. 48; Zieger S. 37; Seydel S. 23.

A. M.: Hälschner S. 179; Wiebeck S. 34; G. Cohn S. 376; v. Liszt Lehrbuch S. 160 u. a.

Vgl. auch die Zusammenstellung bei Olshausen S. 855.

Da mithin die Einwilligung in die Verletzung im Zweikampf weder ein Rechtsgeschäft ist, noch andererseits gegen Gesetz oder gute Sitten verstößt, können (aus beiden Gründen) die §§ 134, 138 BGB. auf sie keine Anwengung finden. Irgend ein anderer Grund dafür, daß die Einwilligung nicht voll wirksam wäre, ist nicht zu finden. Sie hat daher volle Geltung.

Dem Gefühl jedes billig Denkenden, Treu und Glauben, widerstreitet es, wenn gesagt werden sollte, daß eine Körperverletzuvg z. B., in die der Verletzte eingewilligt hat, trotzdem rechtswidrig sei und der seinem eigenen Willen gemäß Verletzte nachher einen Ersatzanspruch erheben könne. Dies gilt auch für den Fall des Zweikampfs. Besonders ins Gewicht fällt dabei noch, daß der Einwilligende dann den Ersatzanspruch haben soll, wenn er selbst, nämlich durch seine Einwilligungserklärung, gegen die guten Sitten verstoßen, dagegen nicht, wenn er korrekt gehandelt hat.

Die Unbilligkeit, der offenbare Widerspruch mit dem Gerechtigkeitsgefühl, die hierin liegen, kann nicht verkannt werden. Wenn man gemeint hat, hier könne durch Berücksichtigung des § 254 ein gerechtes Resultat herbeigeführt werden,[1]) so ist zu beachten, daß dessen Anwendung nur dann möglich sein würde, wenn außer durch die

[1]) So L, Cohn S. 390: „War die Einwilligung eine schuldhafte Handlung, die zur Entstehung des Schadens mitgewirkt hat — und dies wird regelmäßig zutreffen — so wird damit dem § 254 ein Anwendungsgebiet eröffnet."

Zitelmann, Ausschluß S. 64: „. . . . . ohne die Einwilligung würde nicht gehandelt sein. Das ist eine Mitverursachung im psychischen Bereich, aber daß sie auch unter den Gesichtspunkt des § 254 fällt, ist ohne Zweifel." . . . ., denn auch Unterlassung der Aufmerksammachung nach § 254, II sei „psychische Verursachung durch Unterlassung der Setzung eines Gegenmotivs."

Ähnlich Planck S. 978; RGZ. 66, 307; Mittweg S. 69; v. Leyden S. 95; Seydel S. 29—39.

Einwilligungserklärung der Einwilligende auch sonst zum Erfolge mitgewirkt hätte. Denn die Einwilligung an sich trägt ja nur insofern zu dem entstandenen Schaden bei, als vielleicht ohne sie der Schädiger seine Handlung nicht vorgenommen haben würde, sie kommt also nur als psychische Motivierung in Betracht. Verursachend im Rechtssinne ist aber eine solche psychische Beeinflussung, wie unten darzulegen ist, nicht. Eine Mitverursachung durch die Einwilligung selbst findet nicht statt, und deshalb ist sie als mitwirkendes Verschulden nicht anzusehen und nicht geeignet, die Anwendung des § 254 zu ermöglichen, der Ersatzanspruch würde also stets in vollem Umfange bestehen.

Daß es nicht angängig ist, die vorliegende Einwilligung als unwirksam zu behaupten, und trotz ihr von einer rechtswidrigen Handlung im Sinne des § 823, I zu sprechen, ergibt sich, wenn wir den Begriff der Notwehr auf die fraglichen Tatbestände anwenden.

„Notwehr ist diejenige Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden." (§ 227 BGB.)

Um Komplikationen mit dem Falle eines Widerrufs der Einwilligung zu vermeiden, wollen wir Tatbestände betrachten, in denen Dritte einen mit Einwilligung des zu Schädigenden erfolgenden Angriffs abwehren.

Beispiel: B hat dem A gestattet, auf einen seiner Körperteile eine Schießübung zu veranstalten. C, dem dies bekannt geworden ist, langt gerade in dem Augenblicke auf dem Tatort an, als A die Waffe richtet. Da C sich unfähig sieht, den B auf andere Weise, etwa durch Zuruf, zu retten, streckt er den A durch einen Schuß nieder.

Ähnlich liegt es, wenn beim Zweikampf ein Dritter, ein Sekundant oder jemand anders, um den Gegner zu retten, den mit der Pistole zielenden Paukanten durch einen Schuß niederstreckte.

Für beide Fälle wird kein Mensch ernstlich behaupten wollen, daß der Schütze in Notwehr gehandelt habe und dadurch von straf- und zivilrechtlicher Verantwortlichkeit frei sei. Und doch liegen die Voraussetzungen der Notwehr nach Zitelmann'scher Ansicht vor.

Der Schütze hat durch seinen Schuß einen anderen verteidigt, und zwar vor einem gegenwärtigen Angriff, und diese Verteidigung war zur Abwehr jenes Angriffs erforderlich, da eine Rettung auf andere Weise nicht erzielt werden kannte.

Der Grund, weshalb gleichwohl keine Notwehr seinerseits vorlag, kann daher in nichts anderem als darin gefunden werden, daß jener Angriff ein rechtswidriger nicht gewesen ist, und dies läßt sich offensichtlich nur auf die Einwilligung des Angegriffenen zurückführen.

Die Richtigkeit der Zitelmannschen Deduktion würde auch das bereits unten von uns verworfene Ergebnis zeitigen, daß blutschänderische Defloration nach § 823, I zum Schadenersatz verpflichtete. Denn man wird annehmen können, daß Zitelmann das Rechtsgeschäft der Einwilligung hier wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder sogar gegen ein gesetzliches Verbot für nichtig halten würde, ein anderer Grund, der die Rechtswidrigkeit ausschlösse, liegt aber nicht vor und alle die sonstigen Voraussetzungen des § 823, I sind erfüllt.

Auch das spricht gegen die Richtigkeit der Zitelmann'schen Ansicht, daß dann das heutige Recht ohne Not von dem Boden seiner historischen Quellen inbezug auf die Einwilligung ganz abgewichen wäre, da sowohl nach gemeinem Recht,[1]) wie z. B. nach dem sächsischen

[1]) Vgl. die überzeugenden Ausführungen von Waechters Volenti S. 4 u. 5, der dargetan hat, daß der Satz volenti non fit iniuria im römischen Rechte selbst inbezug auf das Leben Gültigkeit besaß.

Ebenso Mühlenbruch S. 306; Zimmermann, Auslegung S. 436; Linkelmann S. 77 Anm. 14; Gröber S. 13, 14; Jeselsohn S. 15; v. Alten S. 11 u. v. a.

BGB.[1]) bei Einwilligung des zu Schädigenden ein Delikt nicht vorlag.

Da sonach irgend ein stichhaltiger Grund, die Wirksamkeit der Einwilligung in die Verletzung im Zweikampf anzuzweifeln nicht vorliegt, schließt sie die zivilrechtliche Rechtswidrigkeit nach allgemeinen Grundsätzen aus. Demgemäß entspricht die Verletzung im Zweikampfe dem Tatbestande des § 823, I nicht und ebensowenig dieses Paragraphen zweitem Absatz, wenn man diesen entgegen unseren obigen Ausführungen überhaupt in Betracht ziehen will.

Da § 823 die einzige gesetzliche Bestimmung war, nach der eine Ersatzpflicht überhaupt in Frage kam, ist Ersatzpflicht überhaupt nicht gegeben.

Das Resultat der bisherigen Ausführungen ist die Verneinung der Frage, ob eine Haftung für Duellverletzung bestehe, weil durch die in der Verletzung des Zweikampfes liegende Einwilligung in die eventuelle Verletzung die Rechtswidrigkeit der Verletzung ausgeschlossen ist.

Zu diesem Resultat führt aber auch eine andere Erwägung.

Stellen wir uns auf den Standpunkt der Gegner, daß nach § 823 zunächst eine Haftung begründet sein könne, so fragt es sich, ob nicht auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen diese Haftung als ausgeschlossen oder beschränkt anzusehen ist.

In Betracht kommt der auf alle Fälle der Schadensersatzpflicht anwendbare § 254 mit seiner Bestimmung über das mitwirkende Verschulden des Beschädigten.

Auf die Streitfrage, ob jedes Mitverursachen ausreichend ist[2]) oder ob diese Mitwirkung in schuldhafter, vom allgemeinen Standpunkt zu mißbilligender Weise

---

[1]) Sächsisches BGB. § 118.

[2]) So bekanntlich z. B. Crome und Endemann in ihren Lehrbüchern.

geschehen sein müsse,[1]) braucht hier nicht eingegangen zu werden, da bei der Duellverletzung letzteres vorliegt.

Die Mitwirkung ist zweifellos, der Schaden ist nicht durch den Täter allein verursucht, sondern es lag ein Verhalten des Beschädigten vor, ohne das der Schaden nicht entstanden sein würde, das also condico sine qua non der Schadensentstehung gewesen ist, und als dessen Folge der entstandene Schaden auch nach der Regel des Lebens vom allgemeinen Standpunkte wohl vorausgesehen werden konnte. Das Verhalten des verletzten Duellanten hat also die Verletzung adäquat mitverursacht. Aber die Mitverursachung, das Verhalten des Verletzten ist auch schuldhaft, vom allgemeinen Standpunkt zu mißbilligen, weil er bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Mannes sich der Gefahr nicht ausgesetzt, zu ihr nicht bewußt mitgewirkt haben würde.

Entspringt also — was wir leugnen — aus der Duellverletzung an sich eine Ersatzpflicht, so findet doch § 254 Anwendung.

Er bestimmt im einzelnen, welche Folgen es hat, wenn seine Voraussetzungen vorliegen: „so hängt die Ersatzpflicht, sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht ist."

Ausschlaggebend sind also die Umstände des Falles. Von diesen hängt es ab, ob überhaupt eine Ersatzpflicht

[1]) So Zitelmann BGB. S. 166, 167, 169; schuldhaftes Verhalten verlangen z. B. auch: BGB. von Reichsgerichtsräten S. 220 Anm. 9 zu § 254; Rümelin, Verwendung S. 310, 316; L. Cohn, S. 115, 110; v. Leyden S. 40; v. Liszt, Deliktsobl. S. 82; Planck S. 33, Schollmeyer S 42; Enneccerus S. 33, 34; E. Fischer S. 5, 44 ff., Goez S. 23; Heyn S. 47; Mehl S. 11; Nathan S. 7, 10; Strahl S. 30, 31; Schultze S. 11, 12; v. Alten S. 38; Röseler S. 13; Rosenthal S. 40; Blüthgen S. 30.

besteht[1]) und, wenn sie anzuerkennen ist, in welchem Umfang sie besteht.

Als ein besonders wichtiger Umstand wird der Anteil beider Parteien an der Verursachung genannt.

Weiter wird aber auch als ein sehr erheblich ins Gewicht fallender Umstand der Grad des beiderseitigen Verschuldens anzusehen sein. Die Protokolle verneinen dies mit Unrecht. Einmal liegt gar kein Anlaß vor, dies aus der Fassung der Bestimmung zu entnehmen, andererseits wird bei der praktischen Unbrauchbarkeit der Verweisung auf die Verursachung in vielen Fällen der Grad des Verschuldens den einzigen wichtigen Umstand bilden, und seine Berücksichtigung entspricht der Billigkeit und vor allem auch den geschichtlichen Grundlagen unseres Rechts, da das gemeine Recht bei konkurrierendem Verschulden nur auf den Verschuldensgrad abstellte.[2])

Die Literatur tritt denn auch in ihrer überwiegenden Mehrheit für diesen Standpunkt ein.[3])

Bei der Anwendung dieser Gesichtspunkte auf die Verletzung im Zweikampf muß mit Vorsicht zu Werke gegangen werden.

Eine Reihe von Schriftstellern[4]) hat das Hauptgewicht

---

[1]) Unglaublicher Weise ist dies verschiedentlich verkannt worden. So Mittweg S. 69: „Daher läßt denn § 254 bei Konkurrenz des Verschuldens des Beschädigten den Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen . . . . abhängen."

Seidel S. 19: „Sowohl das ALR. wie das BGB. repartieren bei beiderseitigem Verschulden den Schaden."

[2]) Vgl. u. a. Wendt, Demelius, Gröber.

[3]) BGB. von Reichsgerichtsräten S. 218 Anm. 3 zu § 254; L. Cohn S. 117: Rümelin, Verwendung S. 314; Enneccerus S. 35; Kuhlenbeck S. 126; Dernburg I S. 81; v. Leyden S. 50/51; RG. 55, 275; 68, 422; 69, 57; Priester S. 31; Ruhm S. 55; Gröber S. 59; Rosenthal S. 73; Röseler S. 37; v. Alten S. 46; Dungs S. 546.

[4]) Herrmann S. 26/27; Gröber S. 68, 69, 37; v. Alten S. 38—40; Poensgen S. 50.

auf die Vorgeschichte des Zweikampfes gelegt und hat die Ersatzpflicht danach geregelt, wer von den beiden Duellanten den Zweikampf vorwiegend moralisch verschuldet habe, indem die einen diesen Umstand als vorwiegende Verursachung,[1]) die andern als überwiegendes Verschulden,[2]) wieder andere als einen sonst zu beachtenden Umstand charakterisiert haben.

[1]) v. Alten S. 40: „Nicht weil das Gesetz auf die Umstände verweist, muß das Verhalten der Parteien vor dem Zweikampf vom Richter in Betracht gezogen werden, sondern weil es die Verletzung mitverursacht hat. Die Beleidigung, die Herausforderung, die Annahme der Herausforderung sind nicht nur condiciones sine quibus non, sondern Mitursachen, denn sie sind zweifellos generell geeignet, den Zweikampf und damit die Verletzung herbeizuführen.

[2]) Herrmann S. 26: „Die Allgemeinheit, mit der das BGB. hier von den „Umständen" spricht, spricht m. E. dafür, daß die Frage, ob bei der Berechnung des Verschuldens nur der Zweikampf selbst oder auch die ihn begleitenden und ihm vorausgehenden Ereignisse in Betracht gezogen werden müssen, im letzteren Sinne zu beantworten ist." Seite 27: „Bei Abwiegung des gegenseitigen Verschuldens werden folgende Punkte zu berücksichtigen sein: Das Verhalten der beiden Parteien vor dem Zweikampf, insbesondere ob hier unter Berücksichtigung der sozialen Verhältnisse das Verschulden des Beleidigers oder das des Herausfordernden größer ist . . . ."

Gröber S. 69: „Damit ist aber die Frage nach dem Verschulden nicht erschöpft. Das schuldhafte Verhalten, wie es in § 254 zu berücksichtigen ist, setzt sich zusammen aus zwei Stadien, erstens dem schuldhaften Willen und zweitens der äußeren Betätigung dieses Willens. Nur das letzte Moment kann den Erfolg herbeiführen und wird, wenn es dies tut zur Ursache." Alle die Entwicklung des schuldhaften Entschlusses beeinflussenden Umstände seien in Betracht zu ziehen. . . . . „das ganze Maß des beiderseitigen Verschuldens zeigt uns nur eine möglichst eingehende Erforschung der Umstände, die in dem Duellanten den Entschluß gezeitigt haben, zum Zweikampfe anzutreten."

v. Alten S. 55: „Bei der Abwägung des Verschuldens muß der Richter den gesamten Tatbestand nach der Schuldseite hin prüfen: Das Verhalten der Parteien sowohl vor dem Zweikampf, wie . . . . ."

Poensgen S. 50: „Die Gefährdung beim Zweikampf ist

Das ist nicht zutreffend. Dem fraglichen Umstand kann nach allen drei Richtungen keine Bedeutung zukommen.

Zwischen demjenigen Verhalten eines der beiden Teile, das den Anlaß zum Zweikampfe geboten hat und dem Zweikampfe selbst besteht ein ursächlicher Zusammenhang im vom Recht zu beachtenden Sinne nicht.

Eine Beleidigung, tätliche Mißhandlung ꝛc. eines anderen führt zum Zweikampf des Beleidigers, mit dem Beleidigten überhaupt nur, soweit es sich um gewisse Kreise handelt, die einen verhältnismäßig geringen Bruchteil der Volksgesamtheit ausmachen und innerhalb dieser Kreise lehnt ein erheblicher Teil einen Zweikampf überhaupt ab. Schon deshalb entspricht es ganz und gar nicht der Regel des Lebens, daß eine Beleidigung einen Zweikampf zur Folge hat. Dies ist um so weniger der Fall, weil der Zweikampf etwas unerlaubtes, durch die Gesetze unter Strafe gestelltes ist; denn niemand braucht damit zu rechnen, daß ein anderer in einer gewissen Sachlage, die er geschaffen und sei es auch verbotener Weise, Veranlassung nimmt, seinerseits eine durch die Gesetze untersagte Handlung zu begehen.

Dem Zusammenhange zwischen Beleidigung und Duell fehlt daher die Eigenart der Adäquatheit, die nach der herrschenden Meinung erforderlich ist, damit ein Verhältnis von Wirkung und Folge zweier Tatbestände als ursächliches bezeichnet werden kann.

Außerdem besteht der Zusammenhang zwischen Provokation und Zweikampf nur darin, daß die erstere das Motiv bildet, dafür, daß der Betroffene mit der Heraus-

bei beiden Komparenten die gleiche." „Aber daß der eine durch eine grobe Beleidigung den anderen zum Zweikampf . . . . zwang, das involviert eben den Anstoß zur Gefährdung und damit kann . . . . . beim einen oder anderen die größere Gefährdung angenommen werden.

So offenbar auch Oertmann Anm. 2bj zu § 254 BGB.

forderung, einer selbständigen vorsätzlichen verbotenen Handlung, vorgeht, und zum Zweikampfe antritt. Eine solche Motivierung fremder Handlungen ist aber gar keine Verursachung.[1])

Dies anzunehmen sind wir schon durch unser Gesetz selbst gezwungen. Denn während z. B. die Worte im § 823, I „wer verletzt" nach allgemeiner Ansicht nur bedeuten, daß der Täter in irgend einer Weise für die Verletzung ursächlich geworden ist, ohne daß eine ganz unmittelbar auf den Erfolg gerichtete Handlung vorzuliegen braucht, wird der Fall der Anstiftung als haftbar machend besonders herausgegriffen, indem es im § 830 heißt: „Anstifter . . . . stehen Mittätern gleich." Daraus geht hervor, daß im Sinne des Gesetzes Anstiftung als Verursachung nicht anzusehen ist, und daher noch weniger irgend eine sonstige Art psychischer Motivierung fremder selbständiger Handlungen.[2])

[1]) So auch Endemann S. 40: Man müsse rückwärts bis zum Täter gehen, seine Hintermänner gingen einen nichts mehr an. „Außerdem ist der Anstifter im wahren Sinne des Wortes überhaupt nicht kausal für den Erfolg; er bewirkt nur, daß ein anderer kausal wird."

[2]) So urteilt auch v. Liszt, Lehrbuch bezüglich des Strafrechtes: Das geltende Strafrecht mache die Durchführung der Bedingungstheorie unmöglich, da Anstiftung und Beihülfe nicht als Selbstverursachung aufzufassen sei. Der Gesetzgeber erblicke also in der Tat des Haupttäters stets den Eintritt einer neuen Kausalreihe. Vorausgesetzt sei die freie und vorsätzliche Tat eines Zurechnungsfähigen. Ebenso Deliktsobligationen S. 75. „. . . . nur der Täter, nicht der Anstifter oder Gehilfe hat den eingetretenen Erfolg im Sinne des Strafgesetzes verursacht;"

Für das bürgerliche Recht glaubt er diesen Standpunkt aufgeben zu können. Vgl. Deliktobl. S. 75: „Die Gleichstellung durch § 830 bedeutet also, daß im Sinne des BGB., soweit es sich um die Deliktobligationen handelt, Anstifter und Gehilfen als Verursacher des Erfolgs zu betrachten und zu behandeln sind." S. 74: „Die richtige Fassung des Ursachenbegriffs macht die ganze Lehre von der sogen. Unterbrechung des Kausalzusammenhanges

Daß diese Unterscheidung mit Recht gemacht ist,[1]) leuchtet ein, wenn man sich Konsequenzen der entgegengesetzten Anschauung vorstellt. Wenn A dem B, der, wie dem A bekannt ist, zum Jähzorn neigt, von den Schandtaten des C erzählt, und zwar so, daß diese Erzählung den B in große Aufregung versetzt, was, wie wir annehmen,

gegenstandslos." S. 80: „Mit der strafrechtlichen Teilnahmelehre ist also auch die Annahme einer Unterbrechung des Kausalzusammenhanges für das BGB. weggefallen."

Dann heißt es S. 82: „Wenn A den B zum Selbstmord bestimmt oder dem in Untersuchungshaft befindlichen Verbrecher einen Revolver bringt, damit er durch Selbstmord der Schande einer Verurteilung entgehen kann, so wird durch den Selbstmord des B der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des A und der eingetretenen Schädigung der Hinterbliebenen unterbrochen. Dies ergibt sich unmittelbar aus § 254." Anders sei es dagegen, wenn B geisteskrank sei: „A hat eine Bedingung für den eingetretenen Erfolg gesetzt, und ist daher für den Schaden verantwortlich."

Man sieht, wie v. Liszt selbst zu der abgewiesenen Meinung zurückkehrt, und dieser Rückzug dürfte auch für die Richtigkeit unserer Ansicht sprechen.

[1]) Die gegenteilige Meinung wird ohne Begründung allem Anscheine nach von mehreren Autoren vertreten.

So L. Cohn S. 117 Anm. 17: „Beispiel: Frau A wünscht von ihrem jähzornigen Manne geschieden zu werden. Um sich einen Ehescheidungsgrund zu schaffen, reizt sie den Mann zu Tätlichkeiten und erhält die gewünschte Prügel, ihre Folgen sind dauerndes Siechtum der Frau. Man wird hier geneigt sein, das Verschulden der Frau im Verhältnis zum Verschulden des Mannes für das überwiegende zu halten. Der Schaden ist aber überwiegend von letzterem verursacht. Da § 254 erfordert, daß der Beschädigte den Eintritt des Schadens vorhersah oder vorhersehen konnte, so kann es selbst zweifelhaft erscheinen, ob dieser Umstand überhaupt auf die Frau zutrifft, namentlich, wenn die Reizung und Kränkung des Mannes keine schwere war."

Man erkennt hier das krampfhafte Suchen nach einem Ausweg aus der selbst geschaffenen Sackgasse. Ähnlich S. 379 Anm. 51.

Herrmann S. 30: „Aber auch der Unterhaltsberechtigte, der Dritte, kann unter Umständen nicht frei von Verschulden sein. . . . . Man denke nur an den Fall, daß der Ehebruch eines Ehe-

A voraussehen konnte, und B den C, als er ihn trifft, tüchtig durchprügelt, sodaß er 8 Tage das Zimmer hüten muß, so ist hierin ein Delikt des A nicht zu finden. Wäre aber jene Handlung des A für den Enderfolg kausal, so würde ohne Zweifel, da wir das Voraussehenmüssen bejaht haben, der Tatbestand des § 823, I gegeben sein, da alle Voraussetzungen vorlägen.[1])

Ebenso verhält es sich mit dem Falle der Anstiftung zum Selbstmord, bei dem niemand, außer Kohler, bezweifelt, daß eine straf- und zivilrechtliche Haftung nicht gegeben ist, und zwar weil der ursächliche Zusammenhang

---

gatten den betrogenen Ehegatten zu einem Duell treibt, in welchem er fällt. Hier hat, sofern man eben nicht den Tatbestand des Duells allein, sondern gemäß § 254 die Umstände mit in Betracht zieht, eine schwere Verfehlung des Unterhaltsberechtigten Dritten den Anlaß zum Duell gegeben. Es folgt ohne Weiteres aus § 254 und entspricht nur dem Gebote der Billigkeit, daß gegenüber dem selbständig entstandenen Anspruch des Dritten auch das Verschulden des Dritten muß entgegengehalten werden können, sodaß wir hier dann dazu kommen, außer dem Verhalten der beiden Duellanten auch das des Dritten mit abwägen zu müssen."

Poensgen S. 50: „A hat B. gesagt, er werde ihn, wenn er ihn in der Nähe seiner Wohnung erwische, prügeln B geht hin und wird geprügelt." „Trotzdem wird kein Zweifel obwalten, daß B falls er den A nicht reizte, den vollen Schadensersatz wird verlangen können."

Von Leyden S. 17: „Durch die Handlung des ausführenden Täters wird der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Anstifters und dem Erfolg nicht ausgeschlossen."

Gröber S. 88: „Ein hiernach in Betracht zu ziehendes Verschulden" (des Dritten) „erblicke ich in einer Anstiftung oder Aufreizung zum Duell . ."

[1]) Unsere Ansicht wird in treffenden Ausführungen von Krückmann III S. 87—91, 93, 155 vertreten. z. B. S 91: „Bei vorsätzlicher Selbstbeschädigung beginnt unter allen Umständen eine neue selbständige Kausalreihe . . . ." S. 155: Die Handlung des Deliktsfähigen habe grundsätzlich stets selbständige kausale Bedeutung und nur ausnahmsweise, z. B. infolge Irrtums, sei sie unselbständiger Bestandteil fremder Kausalbewegung.

zwischen Anstiftungshandlung und Erfolg fehlt, und doch müßte man, wenn man diesen Zusammenhang als vorliegend erachtete, den Anstifter als Totschläger oder Mörder bestrafen.[1])

Es ergibt sich also auch hieraus, daß Motivierung eines vorsätzlich handelnden Anderen als Verursachung nicht aufgefaßt werden kann.

Es würde unserem sprachlichen Gefühle widersprechen, wenn man in einem Falle, wo die Handlung eines Anderen durch einen Dritten seelich hervorgerufen ist, von Verursachung durch diesen Dritten spräche, z. B. wenn man sagte, der A, der den B beleidigt und dafür von B eine Ohrfeige erhalten hat, habe diese Ohrfeige verursacht oder gar sich selbst zugefügt.[2])

Mit Recht hat Krückmann darauf hingewiesen, daß es auch unserer Anschauung von der Freiheit der Persönlichkeit durchaus widerstreiten würde, den Entschluß einer Person als Glied einer Ursachenkette wie jedes andere aufzufassen.

---

[1]) Kohler, Tatbestandsmerkmal S. 6 führt aus, der Selbstmord sei ein Delikt, es fehle nur an der Strafbarkeitsbedingung beim Täter selbst, Anstifter und Gehilfen seien strafbar. Auch er behauptet also nicht, daß die Anstiftung selbst Verursachung, der Anstifter also Mörder, Totschläger ꝛc. sei.

Gegen ihn die allgemeine Meinung, deren Vetreter in ihrer Begründung, vgl. z. B.: Guderian S. 37: „Indessen wird nicht verkannt, daß solange der Selbstmord straflos ist und das positive Recht eine besondere Strafandrohung für die Beihülfe zum Selbstmord nicht enthält, die selbständige Bestrafung der Beihülfe unmöglich ist," erkennen lassen, daß sie Anstiftung als Verursachung nicht ansehen.

[2]) Krückmann III S. 89: „Nicht die schwere Erkennbarkeit und Unberechenbarkeit der Geschehnisse in der menschlichen Seele hat diese Sonderbehandlung zur Folge, sondern lediglich die Achtung vor der Persönlichkeit." „Alle Kausalitätstheorien scheitern an einem: An dem Recht der Persönlichkeit, und der Pflicht, Persönlichkeit zu sein."

Aus dem Gesagten folgt zur Genüge, daß von einem Kausalzusammenhange zwischen der Provokation und dem Zweikampfe selbst keine Rede sein kann und deshalb kann man auch nicht sagen, daß, wer provoziert habe, überwiegend das Duell verursacht habe.

Der fragliche Umstand kommt aber ebensowenig für die Abwägung des beiderseitigen Verschuldens der Duellanten in Betracht. Wenn überhaupt von einer Vergleichung des Verschuldens des Schädigers und des Beschädigten gesprochen werden kann, so versteht es sich wohl von selbst, daß dabei nur das Verschulden zu berücksichtigen ist, das in unmittelbarem Zusammenhange mit dem schädigenden Ereignis steht, also das sog. „mitwirkende Verschulden".

Genau genommen ist dieser Ausdruck nicht zutreffend, ein Verschulden kann überhaupt nicht zu etwas mitwirken, es ist daher in Übereinstimmung mit der gesamten Literatur[1]) von mitwirkendem schuldhaften Verhalten zu sprechen, und davon auszugehen, wessen mitwirkendes Verhalten in höherem Grade schuldhaft erscheint. Das Verschulden kann daher nur insofern abgewogen werden und für die Verteilung des Ersatzes Bedeutung gewinnen, als es bei einem mitwirkenden Verhalten aufgetreten ist, bei einer Handlung oder Unterlassung also, die im Kausalzusammenhange mit dem Schadenserfolge steht,

[1]) Vgl. z. B. Blüthgen S. 29: „Gegen diese Fassung des § 254 müssen wir nach der von uns früher gegebenen Begriffsbestimmung der Kausalität, die man in dem Ausdruck: Mitwirken nach dem oben Gesagten zu finden hat, einwenden, daß ein Verschulden niemals kausal werden kann."

So auch die gesamte Literatur zum BGB.

In der gemeinrechtlichen Literatur hat Wendt S. 148 die unhaltbare Behauptung aufgestellt, daß zur Anwendung des Satzes: Quod quis ex culpa sua damnum sentit etc. nur Verschulden, keine Verursachung seitens des Beschädigten erforderlich sei.

denn mitwirken im § 254 kann eben, und das ist auch die allgemeine Ansicht,[1]) nur Verursachen bedeuten. Da nun die Handlung, die Anlaß zum Duell geworden ist, wie oben dargetan, nicht im Kausalzusammenhange mit dem Schaden steht, kommt sie auch nicht als mitwirkendes Verhalten, daher auch nicht als mitwirkendes schuldhaftes Handeln, also als „mitwirkendes Verschulden" in Frage.

Ebensowenig kann man das Verhalten der Parteien vor dem Zweikampf deshalb für die Ersatzpflicht für bedeutsam erklären, weil es ein maßgebender Umstand sei.

Das Gesetz spricht von der Wichtigkeit der Umstände zwar in sehr allgemeiner Weise und überläßt, was darunter verstanden werden solle, der Auslegung. Es geht aber nicht an, diesen Begriff zu weit zu fassen. Man kann den Ersatz nicht danach zubilligen oder ablehnen, weil eine der Parteien Millionär ist oder mal im Zuchthause gesessen hat, oder einen schlechten Ruf genießt.[2]) Das würde dem Geiste unserer Gesetze nicht entsprechen.

Wenn nun aber eine Begrenzung für jenen Begriff gefunden werden soll, so kann diese u. E. nur in der Weise gedacht werden, daß es sich um Momente handeln muß, die auf den vorliegenden Tatbestand einen unmittelbaren Einfluß geübt haben, und zwar in der Weise, daß sie inbezug auf das schuldhafte Verhalten der einen oder anderen Partei, das zum Erfolg mitgewirkt hat, ursächlich eingewirkt und in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang damit gestanden haben.[3])

[1]) Vgl. z. B. L. Cohn S. 116, Rümelin, Verwendung S. 308; Krückmann III S. 7; Blüthgen S. 29; Rosenthal S. 21; Röseler S. 10; Strahl S. 30; Goez S. 15; Schultze S. 5; Seidel S. 8.

[2]) Ähnlich mit Recht Rümelin Verwendung.

[3]) Vgl. auch v. Alten S. 40: „Wie soll der Richter denn Umstände berücksichtigen, die nicht im Kausalzusammenhang mit dem Erfolge stehen? Voraussetzung für § 254 ist ja, daß nur das Verhalten, was im Kausalzusammenhange mit dem Erfolge steht, berücksichtigt wird."

Für die Richtigkeit dieser Behauptung sei folgendes Beispiel angeführt: A macht mit B einen Spaziergang am Rande eines Flusses; unterwegs gibt er dem B einen Stoß, sodaß dieser ins Wasser fällt, und zwar hätte A diese Folge seines Stoßes voraussehen müssen, B, der schwimmen kann, folgt der Bitte des A, schnell ans Land zu kommen, nicht, und erleidet aus diesem Grunde, etwa weil er zu lange im kalten Wasser verweilt hat, irgend einen Schaden.

Die Anwendung des § 254 ist unzweifelhaft. A haftet aus fahrlässiger Körperverletzung, B hat zum Erfolge schuldhaft beigetragen.

Angenommen nun, die Sache sei so gekommen, daß A den B gekränkt, dadurch einen Streit hervorgerufen und im Streite jenen Stoß geführt habe, so kann man doch nicht sagen, die Tatsache, daß A durch seine Beleidigung den Streit hervorgerufen, sei ein maßgebender „Umstand". Es ergibt sich vielmehr, daß die Vorgeschichte ganz außer acht zu lassen ist und die Beurteilung erst in dem Augenblicke beginnen kann, wo das erste Verhalten vorliegt, das den Erfolg mitverursacht hat.

Das den Zweikampf provozierende Verhalten einer Partei kann daher auch nicht als „Umstand" in Frage kommen.

Die Provokation zum Zweikampf ist deshalb für die Verteilung der Ersatzpflicht nicht maßgebend.

Was für die Provokation gilt, trifft auch auf die Frage zu, wer von beiden Duellanten zum Zweikampf gefordert und welcher die Forderung angenommen hat. Auch hier liegt keine Verursachung sondern nur psychische Motivierung des Zweikampfes vor, da dieser selbst erst durch die weitere selbständige Handlung der Duellanten, das Antreten zum Duell verursacht wird.

Damit ist wiederum gegeben, daß die Tatsache der Forderung und der Annahme als ein für die Verteilung des Ersatzes maßgebendes Moment aus denselben Gründen, wie sie oben ausgeführt sind, nicht verwertet werden kann.

Haben wir somit gesehen, daß die ganze Vorgeschichte des Zweikampfes für die Ersatzpflicht nicht berücksichtigt werden kann, da sie weder als vorwiegende Verursachung des Duells noch aus dem Gesichtspunkt des überwiegenden Verschuldens oder als ein sonstiger maßgebender Umstand in Betracht kommt, so sind wir bezüglich des aus der Anwendung des § 254 folgenden Ergebnisses einzig und allein auf den Tatbestand des Zweikampfes selbst angewiesen.[1])

Die Verletzung ist das Ergebnis des Zweikampfes. Diesen haben beide Duellanten verursacht, indem sie gegeneinander antraten und sich gegenseitig angriffen. Beider Verhalten war also condicio sine qua non der Verletzung, und beider Verhalten war zusammen mit dem des Gegners nach der Regel des Lebens geeignet, die Verletzung herbeizuführen. Ein Grund, dem Verhalten eines beider Teile eine vorwiegende Verursachung beizumessen, die Bedingung des einen für wirksamer zu halten als die des anderen, ist u. E. nicht einzusehen. Zu sagen, die wirksamere Bedingung hat der Verletzer gesetzt, da er den Hieb, Stich oder Schuß getan hat,[2])

[5]) Mit Recht weißt auch Ganzhorn S. 20 darauf hin, daß es auf das zum Kampfe antreten ankomme: „ . . . . . bis dahin stand jedem Teile der Rücktritt frei."

[6]) So Blüthgen S. 41: Das Gegenübertreten der Duellanten allein verursache noch nicht den Erfolg. „Dieser wird erst durch eine neue Ursache: den Hieb, herbeigeführt. Also können wir wohl sagen, der Student der den verletzenden Hieb führt, hat den Erfolg vorwiegend verursacht." Ähnlich Eck S. 254 und Oertmann Anm. 2bj zu § 254.

Hiergegen auch Gröber S. 67: „Diese Schlußfolgerung ist aus dem Grunde verfehlt, weil durch den Hieb der schädigende

der die Verletzung herbeiführte, wäre äußerlich geurteilt. Es ergibt sich daher, daß hier wie immer das Kriterium der vorwiegenden Verursachung, die Abwägung im Sinne Birkmeyers, praktisch vollkommen unverwertbar ist und daß die Verursachung auf das Verhalten beider Teile gleich verteilt ist.

Das Verschulden des verletzenden Duellanten bezüglich der Verletzung — es kommt eben nur auf dieses, auf das seine Haftung begründende Verschulden an — besteht darin, daß er die Möglichkeit einer Verletzung, die durch seine Handlung, also seine Teilnahme am Kampfe, entstehen konnte vorausgesehen hat. Die Wahrscheinlichkeit der Verletzung ist aber so groß, daß man nicht umhin kann sagen: „Wenn er, trotzdem ihm die naheliegende Möglichkeit bekannt war, zum Kampfe angetreten ist, so hat er sich mit dem Eintreten der möglichen Verletzung einverstanden erklärt, hat also den sog. dolus eventualis zum Erfolge gehabt.

Ganz zweifellos ist dies beim Duell mit Hieb- und Stichwaffen, weil hier Angriff und bloße Verteidigung ineinander übergehen; beim Pistolenduell ist der Fall, daß der Duellant, der sich vorgenommen hat, nicht zu verletzen, dann doch trifft, schon unwahrscheinlicher und man möchte vielleicht sagen, daß dann dessen Verschulden nur Fahrlässigkeit war. Dies spielt deshalb keine Rolle, weil ein Nachweis dafür, daß der Verletzer den Vorsatz gehabt habe, nicht zu verletzen, so gut wie unmöglich erscheint.

Erfolg nicht hätte bewirkt werden können, wenn nicht der Gegenpaukant durch das Gegenüberstellen eine gleichwertige ebenso unentbehrliche Bedingung gesetzt hätte."

Desgleichen v. Alten S. 44, 45: Der verletzende Hieb oder Schuß sei keine stärkere Ursache für die Verletzung als das Gegenübertreten.

Ebenso Poensgen S. 50.

Dort wird man also mit Bestimmtheit nur von einem dolus eventualis des Verletzers sprechen können, beim Pistolenduell dagegen liegt es schon näher, mangels eines Gegenbeweises dolus directus anzunehmen, weil hier die Richtung des Schusses allein vom Täter abhängt.

Was vom Verletzer gilt, findet in ähnlicher Weise auf den Verletzten Anwendung. In Frage steht auch hier nur das Verschulden, das sich auf seine zur Entstehung des Schadens mitwirkende Handlung bezogen hat. Hier ist der Fall des dolus directus auf die eigene Verletzung allerdings kaum in Betracht zu ziehen, weil er als durchaus unwahrscheinlich nicht anzunehmen und ein Beweis für ihn nicht zu erbringen ist.

Aber auch der Verletzte hat die eigene Verletzung als eine sehr nahe liegende Möglichkeit erkannt, und ist trotzdem zum Kampfe angetreten; er hat also auch mit dem Falle der Verletzung sich einverstanden erklärt, also den dolus eventualis zu dem entstandenen Schaden gehabt.[1])

Ob eine der Parteien in den Waffen, mit denen der Zweikampf ausgefochten ist, besonders geübt, ob sie ein guter Fechter oder Schütze, oder aber das gerade Gegenteil war, kann für ihre Ent- oder Belastung nicht in Frage kommen.

Wenn der Verletzer jene Eigenschaft besaß, kann sie zur Verringerung seines Verschuldens nur in dem oben bereits als gänzlich unpraktisch bezeichneten Falle eines Nachweises des Nichtverletzungsvorsatzes dienen. Im übrigen kann es weder sein Verschulden vergrößern, noch vermindern, ob er sie besaß oder nicht.

Der Grad des Verschuldens des Verletzten könnte höchstens im Falle, daß er jene Fertigkeit besaß, geringer erscheinen; indem man zu sagen geneigt wäre, daß er dann eher damit rechnen konnte, die Verletzung abzuwehren.

[1]) So auch mit Recht Poensgen S. 50.

Dies ist jedoch deshalb nicht als richtig anzuerkennen, weil eine Beherrschung der aus einem Zweikampfe entspringenden Möglichkeiten selbst dem geschicktesten Fechter und Schützen unmöglich ist. Wenn die Fertigkeit ihm nicht gegeben war, wird unser oben aufgestelltes Resultat in keiner Weise beeinflußt.

Beide Duellanten haben daher den dolus zu der eingetretenen Verletzung gehabt. Beider Verschulden ist also dem Grade nach völlig gleich.[1]) Dies ist selbst dann der Fall, wenn auf Seiten des Verletzers der dolus directus anzunehmen ist.

Irgendwelche sonstige, für die regelrechte Verletzung im Zweikampf erheblichen, also nach unseren obigen Darlegungen den Tatbestand des Duells unmittelbar betreffenden Umstände, die geeignet wären, einen Einfluß auf das Ob und Wieviel der Ersatzpflicht auszuüben, sind u. E. nicht denkbar.

Wir gelangen daher zu dem Ergebnis, daß als Faktoren für die Verteilung der Ersatzpflicht in unserem Falle sich herausgestellt haben: Die Verursachung und

---

[1]) So auch Ganzhorn S. 25: „. . . . als Regel hat zu gelten, daß beim Zweikampf das Verschulden gleichseitig und gleichgroß ist . . . .“ S. 39: „. . . . da auf Seiten beider Duellanten das Verschlulden regelmäßig gleichgroß ist . . . .“

Crome S. 353 Anm. 28: „In der Regel wird bei diesen gemeinschaftlichen Handlungen“ (Zweikampf, unehelicher Beischlaf) „die Verschuldung beider Teile eine gleichmäßige sein . . . .“

v. Alten S. 32: Im römischen und gemeinen Rechte habe der Duellant keinen Ersatzanspruch gehabt, da er selbst, ebenso wie der Gegner dolos gehandelt habe, als er in den Zweikampf willigte.

Gröber S. 37: „. . . . und da vom Momente des Gegenübertretens an das beiderseitige Verschulden ein gleiches ist . . . .“

Poensgen S. 50: „Ich meine, daß in diesem Falle ein vorsätzliches Handeln auf beiden Seiten vorliegt, beiderseits in der Richtung auf die Gefahr.“ „Die Gefährdung beim Zweikampf ist bei beiden Komparenten die gleiche;“

das Verschulden ist auf Seiten des Schädigers und des Beschädigten gleich.

Das Reichsgericht hat sich in zahlreichen Entscheidungen auf den Standpunkt gestellt, daß in solchen Fällen, wenn die Verursachung auf beiden Seiten gleich ist und ein Anhaltspunkt für größeres Verschulden einer Partei nicht vorliegt, der Schaden gleichmäßig zu verteilen und demgemäß der Ersatzanspruch zur Hälfte zuzubilligen sei.[1]) Ihm sind manche Schriftsteller gefolgt,[2]) während die meisten über die Folgen der Verteilung der Verursachung sich im einzelnen nicht ausgelassen haben.

U. E. wird diese Ansicht dem klaren Wortlaute des Gesetzes nicht gerecht.

Es leuchtet ein, daß es zum wenigsten zu weit geht, hier die Hälfte des Ersatzes zuzubilligen.

Wäre dies richtig, so müßte daraus zu folgen sein, daß überhaupt trotz des mitwirkenden Verschulden der Anspruch des Beschädigten auf Ersatz immer bestände, denn wenn $^1/_2$ der Verursachung und $^1/_2$ des Verschulden des Ersatzpflichtigen die Hälfte des Ersatzes ergäbe, so könnte der Ersatz nur dann wegfallen, also gleich Null sein, wenn der Anteil des Schädigers an Verursachung und Verschulden auch gleich Null wäre, ein Fall, auf den § 254 überhaupt gar keine Anwendung findet. Tatsächlich sieht nun aber § 254 den Wegfall des Ersatzes

---

[1]) Rgl. BGB. von Reichsgerichtsräten S. 219 Anm 3 zu § 254: „Wäre anzunehmen, daß das Maß der Ursächlichkeit auf beiden Seiten gleich zu bewerten ist, so würde der Ersatzpflichtige nur für die Hälfte des Schadens aufzukommen haben," und die dort zit. Entsch.

[2]) Ganz ähnlich z. B. Gottschalk S. 61: „. . . . sollten aber beide Parteien die gleichen oder wenigstens annähernd gleiche Ursachen gesetzt haben, so wird die Ersatzpflicht auf beide zu verteilen sein, sodaß etwa der Kläger mit seinen Forderungen zur Hälfte abzuweisen wäre." Vgl. auch von Leyden S. 53.

ohne Zweifel vor, das ergibt sich deutlich aus dem Satze: „so hängt die Ersatzpflicht, sowie der Umfang ꝛc.“

Außerdem ist aber die Ablehnung des Anspruches nicht etwa in zweiter Linie, sondern, wie aus den Worten „die Ersatzpflicht sowie“ hervorgeht, als die wichtigste, zunächst ins Auge zu fassende Möglichkeit zu betrachten. Dem wird die oben gekennzeichnete Ansicht nicht gerecht, indem sie, wie ein Blick in die Entscheidungen des Reichsgerichts lehrt, zur Abweisung nur in den seltensten Fällen gelangt.

U. E. muß in Fällen gleichen Anteils beider Parteien an Verursachung und Verschulden der Ersatzanspruch überhaupt abgewiesen werden. Wenn das Gesetz sagt: „So hängt die Ersatzpflicht . . . davon ab ꝛc.“ so heißt dies doch nichts anderes als folgendes: Zunächst soll geprüft werden, ob überhaupt noch Ersatz zu leisten ist; welcher von den beiden möglichen Fällen, die Abweisung oder Nichtabweisung der Klage, die sich gegenseitig ausschließen, anzunehmen ist, bestimmt sich danach, welche Partei vorwiegend verursacht bezw. verschuldet hat. Ein Ersatz ist also auch im geringsten Maße nur dann zu gewähren, wenn der Schädiger vorwiegend, nämlich über die Hälfte, verursacht oder verschuldet hat, während er im Falle, daß dies auf den Verletzten zutrifft, ganz versagt werden muß.

Zwischen beiden Möglichkeiten liegt also nur noch der Fall, daß Verursachung und Verschuldung auf beiden Seiten gleich ist. Er kann nur entweder völlige Abweisung oder Zuerkennung eines Teiles des Ersatzes zur Folge haben. Die Entscheidung dürfte u. E. nicht zweifelhaft sein. Hier muß es heißen: In dubio pro reo und semper oneratur petitor et melior habetur possessoris causa, der Anspruch wäre also dann unbeschränkt abzuweisen.[1])

[1]) So auch Ganzhorn S. 39: „in erster Linie ist gemäß § 254, da auf Seiten beider Duellanten das Verschulden regel-

Dies leuchtet umsomehr ein, wenn man bedenkt, daß, wenn auch das Verschulden beider Teile dem Grade nach gleich war, das des Beschädigten im Tatbestande des § 254 als das schwerere erscheint, weil nach allgemeiner Anschauung jeder zunächst für sich einzustehen hat.

Es entspricht dies aber auch dem Gerechtigkeitsgefühl. In Laienkreisen wird es immer als etwas sonderbares empfunden, wenn in derartigen Fällen der mitbeteiligte Kläger einen wenn auch nur teilweisen Ersatz erlangt. Rasen zwei ohne Laterne fahrende Radfahrer oder Automobile auf dunklem Wege in gleicher Geschwindigkeit gegeneinander an, und werden beide beschädigt, so wäre es doch wenig dem Gefühle der Billigkeit entsprechend, wenn nun jeder gegen den anderen einen Ersatzanspruch auf den halben Schaden geltend machen könnte.

Dafür spricht endlich auch die historische Grundlage der Bestimmung: Das Gemeine Recht wie das französische Zivilrecht und das Sächsische BGB.[1]) ließen den Anspruch nur dann bestehen, wenn das Verschulden des Schädigers überwog.

---

mäßig gleich groß ist, ein Schadensersatzanspruch des Verletzten bezw. Getöteten und folglich in zweiter Linie .... ausgeschlossen."

Herrmann S. 25: Nehmen wir aber an, daß das Verschulden der beiden Duellanten nicht stets gleich zu sein braucht, so ist die Folge davon, daß nicht in allen Fällen eine Schuldkompensation in dem Sinne vorzuliegen braucht, daß jeglicher Schadensersatzanspruch eines Teils ausgeschlossen ist."

Ruhm S. 54: „Wie aber soll ein Fall entschieden werden, bei dem der Richter zu der Überzeugung gelangt, daß keines von den beiden Verschulden überwiegt? In einem solchen Falle wird man sagen müssen: Semper oneratur petitor et melior habetur possessoris causa."

Gröber S. 93: „. . . . oder es läßt sich nicht entscheiden, auf welcher Seite ein überwiegendes Verschulden besteht, dann ist keiner ersatzpflichtig, sondern jeder trägt seinen Schaden selbst."

[1]) Zum gemeinen Recht vgl. u. a. Wendt S. 159, 162, besonders S. 166: „Bei gleicher oder fast gleicher Schuld beider

Ergibt sich demnach, daß bei Gleichheit der Verursachung und des Verschuldens auf Seiten beider Parteien der Anspruch entfällt, so ist auch aus diesem Grunde eine aus Verletzung im Zweikampf geltend zu machende Schadenersatzklage unter allen Umständen abzuweisen.

Somit steht ein zweifacher Grund einem Ersatzanspruch aus Verletzung im Zweikampf mit tötlichen Waffen entgegen, einmal weil kein zivilrechtliches Delikt vorliegt, und sodann, weil, wenn man auch an sich nach § 823 dies annehmen wollte, doch das mitwirkende Verschulden des Verletzten diesen Anspruch ausschließt.

Was vom Zweikampf mit tötlichen Waffen gilt, findet umsomehr Anwendung auf Zweikämpfe, die mit nicht tötlichen oder ohne Waffen ausgetragen werden. Hier kann der Einwand, die Einwilligung sei verboten, oder verstoße gegen die guten Sitten, deshalb garnicht gemacht werden, weil nach richtiger Ansicht eine verbotene Handlung nicht vorliegt, denn der Körperverletzung, die mit Einwilligung des Beschädigten zugefügt wird, fehlt das Merkmal der strafrechtlichen Widerrechtlichkeit.[1]) Daher kann bei gewöhnlichen Schlägermensuren oder wenn es sich um sportliche Wettkämpfe, wie Ring- oder Boxkampf handelt, von einer Ersatzpflicht wegen dabei erlittener Verletzung nicht die Rede sein.

Teile muß es also bei den bisherigen Ergebnissen bewenden, daß Ersatzansprüche durch die eigene Schuld des Verletzten ausgeschlossen sind." Ebenso Demelius S. 63; v. Alten S. 30; Gröber S. 35; Heyn S. 35.

Sächsisches BGB. § 688: Der Beschädigte kann Ersatz des Schadens, welcher von ihm durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen aufmerksamen Hausvaters hätte abgewendet werden können, nicht verlangen, ausgenommen, wenn die verletzende Handlung auf absichtlicher Verschuldung beruht.

Zum französischen Zivilrecht vergl. Crome S. 353 Anm. 28: „In der Regel wird bei diesen gemeinschaftlichen Handlungen die Verschuldung beider Teile eine gleiche sein, und daher regelmäßig jede einseitige Verantwortlichkeit des einen Teils zessieren."

[1]) Vgl. Anm. 51.

Es bedarf keiner ausführlichen Begründung, daß die oben dargelegten Grundsätze auch für Ersatzansprüche Dritter aus den §§ 844, 845 BGB. gelten.

Schließt die Einwilligung die Rechtswidrigkeit der Verletzung aus, so ist auch ein Anspruch Dritter nicht denkbar, da dieser natürlich auch das Vorliegen eines deliktischen Tatbestandes gegenüber dem „Verletzten" zur Voraussetzung hat.[1]) Hat aber die Einwilligung des Verletzten diese Wirkung nicht, so kann nach § 846 auch dem Dritten gegenüber das Mitwirken des Verletzten geltend gemacht werden.

Unser Resultat mag insofern bedauerlich sein, als vielleicht — aber auch nur vielleicht! — das Drohen einer Schadenersatzforderung von Seiten des Verletzten oder Dritten eine Verminderung der Zweikämpfe herbeiführen könnte. Aber das kann nur auf dem Wege der Gesetzgebung erreicht werden, für das geltende Recht müssen wir den Ersatzanspruch schlechthin leugnen.

[1]) Unrichtig Herrmann S. 29, der meint, die Einwilligung des Verletzten habe für den Anspruch des Dritten keine Bedeutung. Wie er auch Gröber S. 86 und Gruchot S. 171.

Lebenslauf.

Ich, Paul Friedrich Gustav Rive, wurde am 2. Februar 1889 zu Mengede bei Dortmund als Sohn des Bergwerkdirektors Arnold Rive und der Eleonore, geb. Eick, geboren. Ostern 1907 bestand ich die Reifeprüfung am städtischen Gymnasium in Bonn und studierte seitdem zu Bonn ununterbrochen Rechtswissenschaft. Am 26. Juli 1910 bestand ich zu Cöln die erste juristische Prüfung, war dann 9 Monate am Amtsgericht in Mayen, vom Mai 1911 bis Mai 1912 am Landgericht zu Bonn, und seit Mai 1912 bei der Staatsanwaltschaft in Danzig tätig. Vom 1. Oktober 1912 bis 1. Oktober 1913 genügte ich meiner Militärpflicht als Einjährig-Freiwilliger beim Feldartillerieregiment Generalfeldzeugmeister Nr. 18 in Frankfurt a. O. und bin seitdem bei Herrn Rechtsanwalt Dr. Lenders in Siegburg beschäftigt.

Auch an dieser Stelle danke ich allen meinen Lehrern, insbesondere Herrn Geheimrat Dr. v. Burckhardt für ihre Hilfe.